



### Verità e processo civile

Roberto Conti intervista Mauro Di Marzio, Bruno Sassani, Romano Vaccarella e Paolo Spaziani



G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, pag., 73: “Il processo è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità; Questo è chiaro; ma bisogna rendersi conto di quello che, effettivamente meditato sino in fondo, questo significa. Significa che il processo suppone la verità, l’idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello che è: e ciò suppone una cosa molto semplice, che quello che è bisogna riconoscerlo, e che riconoscerlo è il dovere e la regola fondamentale della vita, per orientare organizzare aiutare la vita a essere sé stessa. Se non si suppone questa cosa così semplice, il processo non ha senso.”

**Roberto Conti** Muoviamo dalle parole di Capograssi e partiamo da lontano. Maria Borrello, nel suo *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria* afferma che “Il giudizio si pone come espressione di verità. Ma non appena evocato, questo riferimento alla verità rivela, a sua volta, la sua complessità”. Nello stesso saggio, al pari di altri studiosi autorevoli del processo – Jordi Ferrer Beltràn, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, 43 – evoca le ormai secolari espressioni di Carnelutti (*La prova civile*, Roma, 1947, 55) «Provare significa... comunemente, dimostrare la verità di una proposizione affermata. Ora, nel campo giuridico, il controllo dei fatti controversi da parte del giudice non può seguire mediante la ricerca della loro verità, ma mediante quei processi di fissazione formale. Se tali processi la legge comprende sotto il nome di prove, questo significa che il contenuto proprio del vocabolo del linguaggio giuridico si altera e si deforma. Provare non vorrà più dire dimostrare la verità dei fatti, ma determinare o fissare formalmente i fatti medesimi mediante procedimenti dati». Sembrano essere, questi, incipit sufficienti ad aprire il ragionamento su verità storica e giudiziaria, ancora una volta rinviando a Piero Calamandrei (*Il giudice e lo storico*, Riv.dir.proc.civ. 1939, 8):

«È comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di ricognizione, l'uso di espressioni che riavvicinano l'attività del giudice all'attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su dati preesistenti».

*Il giurista, teorico e pratico, del terzo millennio come vive questa tematica? Ha ancora un senso interrogarsi su questo tema e se sì, in quale prospettiva? La complessità del diritto in chiave multilivello e, soprattutto, l'arricchimento della materia processuale alla luce dell'inveramento continuo di "valori fondamentali" al suo interno aumenta, secondo Te, diminuisce o lascia inalterata la prospettiva storiografica del giudice?*

**Mauro Di Marzio.** Le domande odierne comportano un logico slittamento di piano rispetto a quelle che erano state rivolte a Gentili e Rordorf [*I civilisti e la verità*, in *Accademia*, 2023, p. 1029 ss.]: la verità, qui, scende in campo quando come giudice applico la norma al caso concreto. Però una parola sul tema a monte, «verità per il civilista», a partire dallo scritto del professor Paolo Grossi citato da Roberto Conti nella precedente tornata vorrei spenderla: vado un po' fuori tema, ma insomma, abbiate pazienza.

Il ricordo che ho del professor Grossi risale a poco meno di vent'anni fa, quando ero componente, sia pure immeritadamente, dell'allora Comitato Scientifico del CSM; organizzammo un corso sui beni comuni (c'era la raccolta delle firme per il referendum sull'acqua), e invitammo il professor Grossi che, figura imponente, elegantissimo nerovestito, ritto in piedi, avvalendosi di pochi foglietti manoscritti tenne senza alcuna esitazione e con un raffinato eloquio una relazione che aveva come oggetto il concetto di beni comuni e l'idea di comunità in un mondo prerivoluzionario (dico rivoluzione francese ovviamente), feudale, fatto, per capirci, di diritto di legnatico ed altri diritti collettivi. Interessantissimo.

Lo scritto che aveva indicato Roberto Conti riflette la medesima temperie: la certezza del diritto altro non è che la certezza della legge, dunque dell'emanazione del potere, potere che, con Jacob Burckhardt (che sovviene a me, non credo ad affinità con Grossi), è in sé cattivo; e la certezza della legge è un mito dell'Illuminismo, che fonda l'idea del monopolio statale della produzione giuridica, cui corrisponde, per il tramite del mito della certezza, che fa del giudice la bocca della legge, un incondizionato dovere di obbedienza. Ma – è intuitivo – una simile arcigna nozione di diritto, univoco e incrollabile, deve soccombere dinanzi alla complessità del mondo non più moderno, ma postmoderno (Grossi dice pos-moderno), e dinanzi al più alto valore della giustizia, declinato in funzione del proteiforme atteggiarsi della realtà sociale in cui operano non già astratte soggettività, bensì, diremmo, *l'homme situé* (Georges Burdeau), la persona concreta, che vive e agisce nella società in una miriade di rapporti, la società liquida, per usare la formula di Zygmunt Bauman (ancora escludendo affinità con Grossi).

Grossi mostra di voler guardare all'oggi ed al domani, al mondo, come ho detto, postmoderno: in realtà, il suo lascito di storico del diritto di chiara fama consiste nella critica al giuspositivismo, critica svolta in ragione della rivendicazione di unicità e storicità del diritto nella sua provenienza sociale e consuetudinaria: in formuletta il diritto non è comando, ma ordinamento. Lavorando a colpi d'ascia, a me sembra dunque il punto di vista

di un orgoglioso antilluminista. Sicché sarei tentato di prendere posizione attingendo ad una battutaccia del grande John Belushi («*The Blues Brothers*»): io li odio gli antilluministi (che siano dell'Illinois o di altrove).

Dopodiché, nel voler relativizzare quanto più possibile il diritto, sicché debba cedere alla giustizia, sia pure a prezzo dell'ossimoro, ché «il diritto o è certo o non è neppure diritto» (Norberto Bobbio), entra in gioco il tema dell'interpretazione, Grossi dirà «l'invenzione del diritto» (proprio nel senso della *inventio*), quella che, coi concetti di Crisafulli, conduce dalla «disposizione», e cioè dall'enunciato linguistico posto dal legislatore, alla «norma», il prodotto dell'attività legislativa: altro che bocca della legge, l'attività interpretativa del giudice – si dice – ha un carattere intrinsecamente creativo, sicché la certezza del diritto è un'illusione degli individui infantili (Jerome Frank e suoi epigoni).

E allora, in tanta incertezza, qual è infine la bussola che orienta il cammino? È la Costituzione, costruita non per norme ma per principi, che l'interprete deve rendere operanti, sempre in vista della centralità dell'uomo e della sua concreta, diremmo carnale esperienza, il che, visto il parallelismo giudice-storico di Calamandrei, richiamato da Roberto Conti, colloca tutti noi giudici civili nella veste degli orchi, secondo la celebre citazione di Marc Bloch: «Lo storico è come l'orco della fiaba: là dove fiuta odore di carne umana, là sa che è la sua preda». Citazione per citazione, visto che siamo arrivati alla Costituzione, mi pare il momento buono per ricordare a me stesso quella di Salvatore Satta: «La Costituzione fa in molti giuristi l'effetto che su Don Chisciotte facevano i libri di cavalleria».

L'obiezione è facile. L'«invenzione» del diritto, l'interpretazione condotta per principi, finisce per essere il viatico per un'incertezza al quadrato, con lo sdoganamento del più totale soggettivismo, il contrario del «diritto come macchina», quale strumento razionale, formale e prevedibile, essenziale per il funzionamento della società. Si sa che Dworkin sosteneva che ragionando per principi vi sarebbe pur sempre una e una sola risposta giusta (*one right answer*), offerta dal suo giudice-Erocle capace di risolvere casi facili e difficili: ebbene credo, *si parva licet*, che una cosa del genere, qui da noi, sia semplicemente una sciocchezza. Prendiamo il tema dell'aborto, tema controverso quanto mai: nondimeno il principio fissato negli Stati Uniti da «*Roe v. Wade*» è rimasto fermo dal 1973 al 2022: fa più o meno mezzo secolo. Stesso discorso per la *Chevron doctrine* (il giudice si deve arrendere alle interpretazioni delle agenzie governative), che è andata avanti per quarant'anni fino a quando finalmente nel giugno 2024 la Corte Suprema ha rimediato con «*Loper Bright Enterprises v. Raimondo*».

Perché? A me pare piuttosto chiaro, in primo luogo perché lì in cima c'è un giudice fatto di nove persone che sono tendenzialmente la *crème de la crème* del loro mondo giuridico, da noi in Cassazione tra presidenti e consiglieri saremo quanti, duecento? Nemmeno il Padreterno in seduta comune con lo Spirito Santo sarebbe in grado di metterci d'accordo. E poi ci sono Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte EDU. In secondo luogo, lì c'è lo *stare decisis*, qui da noi il principio di diritto che dà la S.C. è come il semaforo a Napoli, un suggerimento. Il punto, insomma, è che da noi più si dilata l'ambito dell'interpretazione, più si fa un buco nell'acqua, perché la giurisprudenza, massime se lavora per principi, a fornire risposte affidabili strutturalmente non ce la può fare.

Apro una parente, come direbbe Totò. Una ventina d'anni fa Ran Hirschl, ha scritto un libro, «*Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*», in cui si sostiene che in occidente la politica ha dislocato presso la magistratura ampi poteri decisionali allo scopo di affidarle la soluzione di questioni calde, diciamo così, riguardo alla quali una presa di posizione del legislatore lascerebbe ineluttabilmente insoddisfatta una parte dell'elettorato: e il caso dell'aborto è emblematico. Di là dalle Alpi, Jean-Éric Schoettl, «*La Démocratie au péril des prétoires*», dice più o meno lo stesso. Ebbene, quando noi giudici decidiamo, che so, sulla doppia madre, o sul fine vita, stiamo facendo questo, stiamo cavando le castagne dal fuoco ad un legislatore inetto dinanzi al quale qualunque deriva antipolitica finisce per avere un perché. Comunque sia non so se il saldo sia positivo.

Veniamo alla domanda. Ho detto la mia sull'opinione che immagino un bravo giudice civile debba professare sul tema della verità, inteso come riferito alla ricostruzione dei fatti, in una decisione delle Sezioni Unite sul tema dell'incapacità a testimoniare: «In una pragmatica considerazione di insieme, d'altronde, non sembra affatto che le posizioni del teste e del portatore di un interesse tale da legittimare la sua partecipazione al giudizio si collochino agli antipodi l'una dell'altra: a meno di non credere ad una ingenua contrapposizione tra la testimonianza del c.d. terzo estraneo, dotata così di attitudine ad apportare al processo uno schietto ed oggettivo *reportage* della pura verità materiale dei fatti oggetto di causa, ed il teste portatore di un interesse che legittimerebbe la sua partecipazione al giudizio, per definizione inattendibile. Se è vero che il giudice non può non credere che possa davvero darsi una ricostruzione giudiziale della verità materiale dei fatti di causa, in una visione per così dire "corrispondentista", quella, per usare la formula onusta di storia, dell'*adequatio rei et intellectus*; e se è vero che, in un sistema costituzionale, come il nostro, ispirato ai principi delle democrazie occidentali, la ricerca della verità nell'ambito del processo civile è da tenere come valore imprescindibile, che deve informare di sé le regole del procedimento probatorio; non è men vero che certo non è la prova testimoniale lo strumento principe pensato, presso di noi, per la ricostruzione di una simile verità oggettiva, nel qual caso non avrebbe alcun senso, per far solo un'osservazione elementare, la previsione del codice di rito della preventiva deduzione della prova testimoniale per articoli separati, articoli sui quale l'esperienza insegna che sovente i testi, pur terzi estranei, rispondono a domande sulle quali risultano alle volte anche fin troppo preparati» (Cass., Sez. Un., n. 9456/2023). In realtà avrei dovuto fare un'ulteriore precisazione, ma nella sentenza non è che potessi sbrodolare troppo: e cioè non è inutile chiarire che un conto è la «verità», un conto è la «giustificazione»; prendo a prestito un esempio non mio ma di Marconi, «Per la verità», se dico che il DC9 Itavia è caduto su Ustica perché colpito da un missile, dico una cosa che magari è vera, ma certo non è giustificata. La verità di cui parliamo è la verità processuale, che è dimostrata dalle prove, raccolte, sia chiaro, secondo le regole: si chiama garantismo. È per questo che, mentre Mauro Ferri scrive in una sentenza della Corte costituzionale nel 1992 che «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità», Guido Neppi Modona ridimensiona qualche anno dopo dicendo che fine del processo non è proprio la verità a caratteri cubitali, è «l'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità».

Ho detto qual è l'opinione che immagino debba professare un bravo giudice civile: esiste la verità dei fatti che il giudice deve ricostruire, ed è cosa buona che operi per coglierla nel modo migliore. Non è questa però, se non in parte, la mia opinione: e cioè, direi, nel processo, in vista della ricerca della verità, ci si arrabatta, si fa quel che si può, con non troppe prospettive di successo.

Già mi dà una certa orticaria parlare di verità nel 2026, quando sono passati quasi 150 anni dall'annuncio cruciale che «Dio è morto! Dio resta morto!», annuncio se non bastasse ribadito da Francesco Guccini, con la precisazione di Woody Allen che neanche lui si sente troppo bene. Le cose sembra siano talora lì lì per «tradire il loro ultimo segreto», ma poi pare che non si trovi mai «il filo da disbrigliare che finalmente ci metta nel mezzo di una verità». Oggi, poi, siamo nell'era delle *fakenews*... Ma davvero vogliamo parlare di verità vera nel processo? Civile addirittura?

Quando da pretore facevo i parafanghi, ricordo una paglietta che aveva messo su una avviata piccola impresa, lui faceva il difensore, un figlio il carrozziere (stimava il danno auto) e l'altro figlio il testimone, insomma come nelle commedie di Totò e Peppino, avvocati Posalacqua e Posalacqua. Una testimonianza: ore sette, sinistro stradale verificatosi sotto una pioggia torrenziale a corso Vittorio, a Roma, testi, cognati dell'attore, residenti al Trullo (dico per i non romani, quartiere periferico e distante assai), il bravo giudice (io, nell'intenzione) prova ad indagare la verità materiale: «Ma, come mai vi trovavate a corso Vittorio alle sette del mattino sotto la pioggia?»; «Beh, dottò, stavamo a fa' ddu' passi». In simili situazioni non è che mi stupissi più di tanto della faccia tosta, iniziavo a scrivere: «Visto l'art. 331 c.p.p. ...». A quel punto in genere interloquiva l'avvocato: «Ma che fa dottò, scrive?». A qualcuno a quel punto tornava la memoria, a qualcun altro, ai più, ben consapevoli di come funziona la giustizia penale, no.

Dov'è che ho letto che: «A saper ben maneggiare le gride, nessuno è reo, e nessuno è innocente»? E all'epoca degli studi liceali qualcuno mi deve aver inculcato l'idea che: «All'avvocato bisogna raccontar le cose chiare: a noi tocca poi a imbrogliarle». Mah, non ricordo... Lasciamo stare, ma voglio fare questo esempio: ormai da un bel po' in Cassazione mi occupo soprattutto di banca. Mi imbatto sempre più frequentemente in cause di rideterminazione del saldo di conto corrente e ripetizione dell'indebito in cui l'avvocato non produce gli estratti conto, a volte nemmeno il contratto, e sostiene che la banca non ha mai dato al suo cliente né gli uni né l'altro, imbraccia l'art. 119 del testo unico bancario, imbraccia l'art. 210 c.p.c., imbraccia il dovere del giudice di cercare la verità materiale, principio che gli pare giustifichi letture rivoluzionarie dell'art. 2697 c.c., e pretende che sia la banca a dargli quei documenti che lui non ha prodotto. Ovviamente, la prospettazione è falsa come Giuda Iscariota nella scena del bacio: la banca invia gli estratti conto non solo perché lo deve fare, ma anche perché ha uno specifico interesse a farlo, in relazione all'applicazione dell'art. 1832 c.c. E poi, in un rapporto che è durato anni e anni, la banca non ti ha mai dato né il contratto né gli estratti conto e tu cliente non hai detto niente? Ma ti posso mai credere? In realtà l'idea dell'avvocato, un'idea suicida, è proprio quella di ribaltare sulla banca l'onere probatorio, e di potersi giovare del fatto che gli estratti conto non ci sono e se va bene, in un contesto in cui dominano le cessioni di azienda e le cartolarizzazioni, la banca se li è persi. Cioè l'avvocato non vuole la verità, non gliene importa

un fico secco della verità, vuole vincere la causa, nel che sta facendo esattamente il suo dovere, mi domando chi sceglierebbe un avvocato perché è bravo a disvelare la verità, a danno del suo cliente.

Ma lasciamo perdere, diamo ora per ammesso che la verità nel processo civile sia una cosa seria e che una ricostruzione corrispondentista della verità sia possibile: l'abate Berkeley se ne avrà a male, ma, insomma, ce ne faremo una ragione.

Nelle controversie civili una qualche approssimativa idea della verità dei fatti ce l'ha qualche volta l'avvocato (nelle controversie bancarie in genere è più o meno così, nelle liti familiari non credo che neanche l'avvocato ne sappia granché), non il giudice, che, come dice Chamfort, «conosce la vita come gli scolaretti che hanno ottenuto un permesso e hanno pranzato fuori di casa conoscono il mondo».

Ricostruire *a posteriori* lo svolgimento dei fatti è operazione terribilmente difficoltosa, ai limiti del possibile. È chiaro che il giudice ci deve credere, come dicevo, magari dando al tutto un crisma di scientificità (mi scuso, ma proprio non ce la faccio a non citare il «tutto sc-sc-scientifico» che dice Peppe er Pantera - Vittorio Gassman ne «I soliti ignoti»). Charles Sanders Peirce usa talora il vocabolo *retroduction*, sia pur meno frequentemente di *abduction*, proprio per illustrare il meccanismo dell'andare all'indietro, con la consapevolezza che il ragionamento per retroduzione-abduzione conduce a risultati tutt'al più probabili, non a risultati veri. Le Sezioni Unite penali con la sentenza Francese ci dicono appunto che il processo penale si giova «dalla formulazione della più probabile ipotesi ricostruttiva ... secondo lo schema argomentativo dell'abduzione». Cioè noi usiamo l'abduzione, è tutto scientifico (sc-sc-scientifico), Poirot si deve mettere in fila. Allora, se io dico: (a) quando piove molto i torrenti si ingrossano, (b) il torrente si è ingrossato, (c) *ergo* è piovuto molto, sto ragionando per abduzione: ma invece c'è una siccità micidiale e il torrente si è ingrossato perché Noah Cross sta svuotando le riserve d'acqua di Los Angeles per i suoi loschi affari (è la trama di «Chinatown»).

Mi basta citare «Rashomon» (o se volete «L'oltraggio» di Martin Ritt, in cui la parte di Toshiro Mifune è ricoperta da Paul Newman): l'unica cosa certa è che il morto c'è, ma chi sarà mai l'assassino, dal momento che i testimoni presenti hanno assistito a condotte completamente diverse? Secondo me Kurosawa non cambierebbe la storia di Rashomon, neppure se si trattasse non di tre testimonianze, ma di tre riprese video fatte con tre diversi telefonini. Il punto di vista ottimista è rappresentato dal non meno celebre «La parola ai giurati», di Sidney Lumet e con Henry Fonda: il sistema giudiziario funziona, basta, all'interno della giuria, che uno solo, persona civile, garantista, abbia capacità di riflettere sugli indizi per arrivare a rimettere in discussione l'opinione di segno opposto di tutti gli altri, e l'innocente è senza meno assolto. L'America di Lumet-Fonda è un grande Paese, ma non mi è molto chiaro però, se la giuria funziona così bene, come O.J. Simpson possa essere stato assolto nel processo penale per il duplice omicidio dell'ex moglie e dell'amante, per poi essere stato successivamente giudicato civilmente responsabile delle loro morti. Ed infatti il tema del film di Lumet è stato ripreso recentemente da Clint Eastwood nel magnifico «Giurato numero 2»: la giuria non funziona affatto, i componenti sono presi esclusivamente dai propri affari personali e dell'imputato non gli interessa assolutamente nulla; nel processo emergono chiari elementi a sostegno dell'in-

nocenza dell'imputato, ma questi è inesorabilmente condannato (in sostanza perché è un maledetto *son of a bitch*, uno spacciatore che aveva poco prima picchiato la vittima, la sua ragazza), per un delitto che egli non ha commesso e che ha appunto commesso il giurato numero 2; la trama si conclude con un filo (ma proprio un filo) di speranza, nel senso che nell'ultima scena non si può escludere che la procuratrice rimetta in discussione il caso, ma quel che è chiaro è che il sistema non funziona, l'unica cosa che eventualmente ci salva è l'onestà intellettuale del singolo che kantianamente – cielo stellato e legge morale – decide di fare il suo dovere.

Ora, da noi abbiamo una torrenziale retorica sui poteri officiosi del giudice, la ricerca della verità materiale e quella roba lì. La colpa è tutta di Franz Klein, che elaborò la Z.P.O. austriaca a fine '800 proprio sull'idea della funzione sociale del processo, e che poi è stato seguito da Chiovena e Carnelutti, sia pure con approcci diversi. Con approdi recenti francamente esagerati; volete vedere come è fatta una vera norma autoritaria, da Stato etico? Eccola qua, il comma 2 dell'art. 473-bis.2 c.p.c.: «Con riferimento alle domande di contributo economico, il giudice può d'ufficio ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e disporre ordini di esibizione e indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, anche nei confronti di terzi, valendosi se del caso della polizia tributaria». Va bene, salta il principio dispositivo nel superiore interesse del coniuge, mi arrendo, ma indagini a largo spettro su tutto, anche su terzi, *i.e.* sulla mia nuova compagna-compagno? E così, acquisizione della mia documentazione bancaria, ad esempio dell'uso della carta di credito, e relativo deposito agli atti di causa, in modo che si sappia dov'ero e che cosa facevo giorno per giorno? Ma, insomma, a chi ha scritto questa cosa Echelon gli fa un baffo.

Evviva la verità materiale. È superfluo, credo, ricordare la polemica su verifobici e cultori della verità, che vide opposti, una quindicina di anni fa Bruno Cavallone e Michele Taruffo, l'uno guardando al processo com'è, l'altro al processo come secondo lui dovrebbe essere, nel perseguire a tutti i costi lo scopo di attingere responsi fondati su fatti veri. Prendiamola sul serio, l'antesignano della verità materiale nel processo è Jeremy Bentham, che al principio *onus probandi incumbit ei qui dicit* (Bentham ne parlava come di «procedura tecnica»), contrapponeva l'imposizione dell'onere alla parte che con maggiore facilità può dimostrare il fatto (era, questa la «procedura naturale»): è di qui, per li rami, che è scaturito il nostro raffazzonato principio di vicinanza della prova. Ma in un processo civile come il nostro (e per la verità come quelli del resto del nostro mondo) che accetta come fisiologica l'eventualità che la parte che deve provare un certo fatto non riesca a provarlo, sicché il giudice (cosa che succede con larga frequenza) debba decidere al buio dando torto all'onerato che non ha provato, che senso può mai avere l'anelito destinato a rimanere insoddisfatto alla ricerca della verità materiale? E del sistema di preclusioni e decadenze probatorie? E dell'inammissibilità di nuove prove in appello ivi comprese quelle «indispensabili»? E delle prove legali?

Guardate che è così perfino nelle cause di interpretazione contrattuale, quando il solo dubbio verte sul significato da attribuire ad una clausola del contratto. Io giudice devo dire che cosa significa la clausola «*ibis redibis non morieris in bello*», il testo non mi aiuta? Non c'è problema, mi servo del contesto, tengo conto dell'intenzione dei contra-

enti. Ma, scusate, siamo seri, se fossi in grado di stabilire che cosa c'era nel foro interno dei contraenti, se fossi in grado di dire le loro intenzioni, farei il giudice o non mi pagherebbero di più per fare l'indovino? Beh, si può replicare, ma se finiscono i criteri di interpretazione soggettiva ci sono pur sempre quelli di interpretazione oggettiva ... Bene, col criterio della buona fede allora sì che sono sicuro che dieci giudici daranno della stessa clausola dieci letture diverse. Il processo civile sovente non accerta nulla o giù di lì, prevede, piuttosto, una serie di meccanismi formali in forza dei quali determinare quali fatti hanno da tenersi per provati e quali no. E grazie a Dio che è così, la verità a tutti i costi la cercavano i tribunali dell'Inquisizione.

La nostra giurisprudenza pensa per lo più che la verità si possa tenere al guinzaglio come un barboncino. Si consideri che si va consolidando, negli ultimi tempi, una giurisprudenza della terza sezione civile sulla *praesumptio de praesumpto* che straccia la regola dettata da un sano buonsenso del divieto di doppia presunzione, ed afferma – per conto mio in un accesso acuto di *ὄβρις* – che il fatto accertato per via presuntiva può costituire il punto di partenza per l'accertamento di un ulteriore fatto da provare (Cass. 27 maggio 2024, n. 14788; Cass. 17 luglio 2025, n. 19993). Ora, certo, Sherlock Holmes ci riusciva, con l'abduzione, ma, appunto, quello era Sherlock Holmes; a che mirabili risultati dobbiamo aspettarci che possa portare il ragionamento del giudice, non domiciliato al 221B di Baker Street, e che al posto del dottor Watson ha un UPP?

Io credo dobbiamo realisticamente constatare che quasi sempre il giudice civile non sa un gran ché del fatto, talora, purtroppo, ha la presunzione di aver capito tutto, altre volte finisce per dare ragione o torto a quello che, secondo il suo personale punto di vista, il suo indirizzo morale, la sua formazione politica, merita di vincere o di perdere. Dico così in modo brutale qualcosa che potrei ricoprire col vestito della festa: la ricostruzione giudiziale non si presta ad essere esibita come procedimento logico-deduttivo, sia pure in forma di abduzione, giacché include scelte politiche e valoriali – è la precomprensione – che condizionano l'individuazione delle premesse decisionali (quando va bene), se non talora (quando va male: e, fidatevi, va male spesso) la stessa decisione del caso concreto. Non faccio più da tempo la protezione internazionale, quando me ne occupavo in Cassazione uno dei *clou* era l'omosessualità, sono scappato dal mio Paese perché sono perseguitato come omosessuale: ed è ovvio che se le cose stanno così il diritto alla protezione è sacrosanto. Se le cose stanno così, ma io giudice come faccio a sapere se il richiedente lo è o non lo è? Lui mi dice, certo che sono omosessuale, appena arrivato in Italia mi sono iscritto all'Arci Gay! Ora, certo, qui gli oneri probatori degradano, è ovvio, non mi serve sapere se la cosa è vera, mi contento del verosimile. Ma anche col verosimile ci siamo? Debbo far passare chiunque mi dica semplicemente di essere omosessuale? Ma così la verità che fine fa? Un'ipotesi è questa, il giudice che nel segreto dell'urna vota Schlein rischia di crederci, il giudice che vota Meloni rischia di non crederci. Il mistero del processo, volgarizzate le alte parole di Salvatore Satta, è proprio questo.

Il professor Paolo Cendon, purtroppo mancato di recente, spiega con chiarezza come l'occhio del giudicante sull'atteggiarsi del caso concreto possa determinare l'esito del giudizio in «Circostanze incerte e responsabilità civile», facendo l'esempio del pallino da caccia, al quale rinvio: ciò che infine decide della responsabilità di uno dei due cac-

ciatori parimenti sospettabili, i quali hanno entrambi sparato un colpo di fucile, e uno dei due ha ferito un passante, è che l'uno era un bracconiere pluripregiudicato, l'altro un buon samaritano che portava con sé la doppietta a scopo difensivo. L'uno perde perché è cattivo, l'altro vince perché è buono, ma in realtà chi ha sparato non si sa. Anche questa è un'ipotesi di giustizia che prevale sull'arido diritto? Non è lo stesso esito del «Giurato numero 2»?

E invece, sapete una cosa che nel campo della giustizia civile, intesa nel senso più ampio, funziona piuttosto bene e a me, come giudice civile, mi fa invidia? (Ma allora la giustizia civile si può amministrare in modo decoroso!) L'Arbitro bancario finanziario, che istruttoria proprio non ne fa, se non esaminando documenti, e cionondimeno decide presto e bene e con una, dico tra virgolette, giurisprudenza (perché l'ABF non è un giudice e tecnicamente non è neppure un arbitro), invidiabilmente uniforme.

**Bruno Sassani** La prospettiva storiografica del giudice è davvero limitata, anzi si può seriamente dubitare che se ne possa parlare come di una prospettiva concreta. Il giudice è astretto da mille vincoli: il principio dispositivo, il divieto di scienza privata, la regola dell'onere della prova, la normativa sulle prove (che è un lungo catalogo di "regole di esclusione"), il sistema (peraltro ormai strabordante) delle preclusioni istruttorie (e, ancor prima, allegative), la *durata ragionevole*, il giudicato che *facit de albo nigrum*, sicché non si comprende come in tale fitto reticolo di vincoli si possa immaginare per il giudice una reale prospettiva "storiografica". Fatte salve alcune audaci incursioni del diritto eurounitario (penso per es. alla disciplina del c.d. *private enforcement*), e qualche spunto per parlare di (attenuati) poteri inquisitori nel diritto delle relazioni industriali, il giudice civile ha – nei fatti – le mani legate. Legate alla iniziativa delle parti e alla loro capacità di rappresentare la realtà ed alle loro impotenze.

A mio avviso si può tranquillamente concludere che *indagine storiografica* e *processo* collidono intimamente tra loro, essendo il processo il luogo privilegiato del contemperamento di interessi e valori, contemperamento che viene realizzato attraverso un regolamento dell'azione di parti e giudice in senso rigidamente formalizzato e incompatibile con una nozione di *prospettiva storiografica* provvista di senso.

**R.C.** *L'obbligo delle verità e le parti versus principio dispositivo, principio nemo tenetur edere contra se, principio dell'onere della prova, principio di autoreponsabilità? Quanto la leale cooperazione fra le parti incide, può incidere o deve e sulla verità processuale, al punto di diventare "dovere di verità" connesso al giusto processo?*

**M.D.M.** Ma, insomma, sono andato fuori tema e mi sono dilungato fin troppo sulla prima domanda, che cosa posso aggiungere, se non che: «*Judicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*». Cicerone non sarà stato il più grande filosofo della storia, ma quando parla degli avvocati meglio credergli. Le parti un dovere di verità proprio non ce l'hanno, altrimenti avremmo la testimonianza della parte sotto giuramento, come negli Stati Uniti, lo abbiamo visto in decine di film: quando l'avvocato difensore è proprio alla canna del gas si arrende a far

testimoniare il proprio cliente, che in qualche modo riesce a persuadere la giustizia, che alla fine per lo più trionfa. Da noi non solo non testimonia la parte, ma nemmeno il coniuge e i parenti non ricordo fino a che grado.

Mi regolo così, allora, invece di dare una risposta faccio anch'io una domanda (facile) al lettore, il tema è sempre la verità. Il vicecaporale Harold Dawson e il soldato di prima classe Loudon Downey uccidono un loro collega e devono affrontare la corte marziale. Li difende contro voglia il tenente Daniel Kaffee. Ma poi si persuade che i due abbiano ucciso il soldato Santiago perché così era stato loro ordinato dal comandante, colonnello Nathan Jessep, che aveva intimato loro di fargli un «Codice rosso». Non ha uno straccio non dico di prova, ma dell'anticamera di un indizio, per di più Loudon Downey ha testimoniato e si è impappinato, e tuttavia Kaffee riesce a provocare il colonnello, che, al culmine dell'interrogatorio confessa. Kaffee: «Colonnello Jessep, fu lei a ordinare il Codice rosso?». Il giudice: «Non è tenuto a rispondere alla domanda». Jessep: «Risponderò alla domanda. (Rivolto a Kaffee) Tu vuoi delle risposte?». Kaffee: «Ritengo di averne il diritto». Jessep: (incalzando) Tu vuoi delle risposte?». Kaffee: «Io voglio la verità!». Jessep: «Tu non puoi reggere la verità...». Ecco che entra in campo la verità, qui ho dovuto tagliare per ragioni di spazio. Kaffee: «Ordinò lei il Codice rosso?». Jessep: «Ho fatto il lavoro che...». Kaffee: (gridando) «Ordinò lei il Codice rosso?». Jessep: (a voce ancor più alta) «Certo che l'ho ordinato, che \*\*\* credi?».

Quale film è? Certo la verità qui non sgorga dall'abduzione, ma dallo *stress* emotivo.

**B.S.** È molto difficile trovare una casella in cui inquadrare un “dovere di verità” in capo alle parti. Le parti raccontano le cose esclusivamente secondo il proprio interesse, e a vincere è la parte il cui racconto – vagliato alla luce del processo – risulta alla fine aver “funzionato”. Questo ci dice che la verità processuale è un aposteriori con solo una casuale corrispondenza alla verità originaria, nel senso che, purché le regole del gioco siano state rispettate, resta fondamentalmente indifferente (irrilevante) se tale rispondenza vi sia o meno.

È anche mia convinzione che il concetto normativo di “giusto processo” non si possa valutare in termini di garanzia della verità del risultato, “giusto” essendo il processo che rispetta i caratteri sottolineati dall'art. 111 Cost. (ed ancor prima emergenti dalla intera storia del processo intesa quale fenomeno naturalmente costituito dal pieno contraddittorio delle parti davanti ad un organo terzo). Semmai il punto è la reale, sostanziale rispondenza del processo a quei caratteri, cioè la necessità di garantire che essi non siano solo formalmente rispettati ma lo siano davvero, anche al di là del mero ossequio alle forme.

**R.C.** *L'art. 193 1<sup>a</sup> c. c.p.c., nel delineare il contenuto del giuramento del consulente tecnico d'ufficio, sottolinea che nelle funzioni affidategli lo stesso ha “il solo scopo di fare conoscere al giudice la verità”. Nell'attività di verifica della portata normativa di tale disposizione, Cass., Sez. Unite civ., 1 febbraio 2022, n. 3086 ha messo in evidenza un parallelismo fra i compiti demandati al c.t.u. e quelli riservati al giudice – “non è infondato ritenere, sempre nei limiti delle indagini commessegli e nel più generale rispetto ... del principio dispositivo quanto alla deducibilità dei fatti principali posti a fondamento della domanda o delle eccezioni,*

che l'attività del consulente è chiamato a compiere per mandato del giudice non sia del tutto immune dal rifletterne in qualche misura anche le prerogative che questo può esercitare in campo istruttorio in disparte dalle sollecitazioni di parte" - poi aggiungendo che "nel conferire al giudice il potere di promuovere d'ufficio i mezzi istruttori che vi sono disciplinati e nel veicolare "l'esercizio in funzione di un'esigenza particolarmente qualificata che si riassume nel concetto di indispensabilità" (Cass., Sez. I, 16/04/1997, n. 3260), concorrono a delineare un modello processuale che nel corrente assetto costituzionale appare saldamente orientato in modo da garantire il primario valore della giustizia della decisione". La Corte si è interrogata sulla possibilità che "con riguardo ad alcuni principi fondamentali non se ne debba ripensare l'assetto in nome del valore primario della ricerca della verità". Per altro verso, è ancora il c.p.c. a prevedere l'obbligo di verità del testimone nel processo civile, il quale è chiamato «a dire tutta la verità e a non nascondere nulla» di quanto a sua conoscenza.

**M.D.M.** La giustizia della decisione. Un *refrain* che certo nella nostra giurisprudenza c'è, ribadito, ma personalmente sono di tutt'altra opinione. Su che cosa sia «la giustizia della decisione» si possono difatti svolgere considerazioni sinistre. Giovanni Verde ha sottolineato quanto sia paradossale credere «che un processo sia giusto non quando sia rispettoso delle disposizioni di legge che lo regolano, ma che sia tale quando il risultato sia giusto». La proceduralità, tanto per citare un autore importante, appena scomparso, è centrale in Habermas. Discorrere di una decisione giusta che in vista di ciò forza le regole probatorie è un altro ossimoro, peggio che un crimine, un errore.

Il lettore perdonerà se, per illustrare la mia opinione, ricorro ad una ulteriore incursione cinefila: il risultato era indubbiamente giusto nel caso del capitano Hank Quinlan - «Era uno sporco poliziotto, ma a suo modo era anche un grand'uomo», dice di lui Marlene Dietrich -, che, accusato dal suo amico sergente Menzies di aver creato prova false («*How many did you frame*»), quanti ne hai incastrati, rispondeva: «Nessuno, nessuno che non fosse colpevole» («*I told you ... nobody ... Nobody that wasn't... guilty... guilty... guilty... Every last one of 'em ... guilty*»). Ed infatti - direbbe la Cassazione utilizzando il criterio della giustizia della decisione, sulla stessa linea di Marlene Dietrich - Quinlan aveva ragione: «*His famous intuition was right after all... He framed that Mexican...*». Geniale, in «A touch of evil», la scelta di Orson Welles di riservarsi la parte del poliziotto fascista, mentre assegna a Charlton Heston, che era presidente della National Rifle Association, la parte del poliziotto democratico. E c'è di peggio: in «Presunto innocente» Harrison Ford è scagionato dall'accusa, totalmente falsa, di aver ucciso la bellissima Greta Scacchi perché un suo amico ha fatto sparire una prova decisiva a suo carico, un bicchiere con una sua impronta digitale, per non dire del giudice che l'avvocato tiene sotto lo schiaffo perché conosce delle cadute oscure del suo passato. Ma è così, in questo modo ha trionfato la verità, l'innocente è stato assolto. E ancora, in «Match Point» l'assassino dell'ex amante lancia nel Tamigi l'anello sottratto alla ragazza, ma l'anello rimbalza sul bordo di una ringhiera, e rimane a terra, sicché lo trova un tossico, che per questo viene ritenuto responsabile del delitto, mentre il colpevole è scagionato: e gli inquirenti abboccano a questa falsa verità perché testimoniata da un fatto obbiettivo: è chiaro, non hanno abdotto quello che dovevano abduurre.

**B.S.** Ma la “giustizia della decisione” sta – a ben guardare – nel non essersi allontanati dalle regole del procedere e dal principio del “giusto processo” (nei limiti in cui la relativa esigenza trascenda regole precise). La giustizia non sta in una mitologica “*corrispondenza alla verità*” (verità che fuori dal processo resta sempre incerta in quanto coincidente con legittime rappresentazioni soggettive). Ciò non toglie che si debba mantenere ferma la tensione e l’aspirazione a decisioni che cerchino di allontanarsi il meno possibile da una sana esigenza di realtà, e che si produca lo sforzo (morale e giuridico) di pronunciare giudizi di fatto che vadano a fondo dell’indagine (sempre nei limiti devoluti al giudice ed al suo libero convincimento), evitando – ove possibile – di pigramente adagiarsi su risultati che, pur formalmente giustificati, restano obiettivamente insoddisfacenti.

L’obbligo del teste di dire la verità non tocca queste conclusioni: l’obbligo è sacrosanto ma è ... obbligo del terzo; esso si coniuga con il “*solo scopo di fare conoscere al giudice la verità*” che si riscontra nel giuramento del Consulente Tecnico. Il quale Consulente – malgrado l’ambigua costruzione italiana in chiave di “ausiliario del giudice” – altro non è che un teste. Teste altamente qualificato, teste non di parte ma pur sempre teste, cioè per definizione soggetto estraneo alla posizione della parte (parte che non può essere coinvolta nella ricerca della verità perché questa è la funzione di un terzo).

**R.C.** *Una lunga premessa per approdare al tema dei poteri, anche officiosi, del giudice funzionali alla ricerca della verità che assumono massima espansione, ad esempio, nell’art. 421, 1<sup>a</sup> comma, c.p.c. ma non sembrano meno rilevanti in materie particolarmente sensibili quali quelle collegate alla tutela di soggetti vulnerabili accordata concentricamente dalla legislazione nazionale e sovranazionale.*

**M.D.M.** Beh, su questo ho proprio già risposto, posso essere telegrafico, credo ben poco all’aiutino dell’esercizio dei poteri officiosi del giudice, in genere hanno un solo scopo, quello di dare una mano al più scarso dei due avvocati, che non è stato capace di fare bene il proprio lavoro. Direi che da 40 anni a questa parte la tendenza è stata costantemente quella a dilatare l’esercizio dei poteri officiosi: in questo modo abbiamo oggi un processo che funziona meglio?

A me pare che abbiamo sempre più decisioni processuali, mentre prima del ’95 il processo era una cosa indecorosa, tanto per dire le prove testimoniali a Roma le raccoglievano gli avvocati appoggiati sul primo strapuntino disponibile: e però alla fine dei giochi con quella prova il giudice aveva almeno materia per una sentenza sul merito.

**B.S.** Quanto ho detto finora vale peraltro in linea di principio, ma non è e non vuole essere una difesa dei limitati poteri istruttori del giudice nel sistema del codice di rito. Fatte salve tutte le garanzie e i principi, è senz’altro in concreto auspicabile una disciplina meno formalistica di tali poteri. Semmai la mia esperienza è quella di un troppo limitato impiego, da parte del giudice italiano, dei propri (pur circoscritti) poteri istruttori conferitigli dal codice. Abbastanza raramente il giudice ricorre ad ispezioni, ordini di esibizione di persone e cose; per non parlare dell’interrogatorio libero delle parti, non

solo per la sua sporadicità (anche laddove oggetto di obbligo) ma soprattutto perché si tratta di uno strumento reso inutile dalla perdurante durata irragionevole dei processi, e dal connesso cambio frequente di giudice istruttore nel corso della procedura.

La vicenda dell'art. 421 c. 1 c.p.c. conferma esemplarmente quanto appena detto, poiché la possibilità di una sua interpretazione in senso più penetrante è stata mitigata proprio dalla giurisprudenza, che ne ha dato tendenzialmente una lettura attenuata rispetto alle sue potenzialità.

Quanto ai maggiori poteri istruttori (talora di stampo quasi inquisitorio) in processi che hanno per protagonisti soggetti vulnerabili, la dichiarata specialità della disciplina mi sembra piuttosto confermare trattarsi di eccezione, espressamente voluta dal legislatore, rispetto alla disciplina generale.

**R. C.** *Ora, gli elementi, tratti dal diritto scritto e dal diritto vivente qui sommariamente richiamati. Si tratta di considerazioni che vanno contestualizzate rispetto alla vicenda esaminata dalla S.U. ovvero consegnano all'interprete una dimensione nuova del giudicare? E se sì, quanto questa "ricerca della verità" può dirsi figlia dell'evoluzione del sistema nazionale e quanto delle fonti sovranazionali?*

**M.D.M.** Sarò franco, le due molto ben scritte sentenze dell'amico Marulli le considero un incidente di percorso della nostra giurisprudenza: quando mi trovo la questione applico i principi che contengono *perinde ac cadaver*, ci mancherebbe. Ma veniamo al sodo: il consulente tecnico d'ufficio che può acquisire documenti che le parti non potrebbero ormai più produrre? Ma che senso ha...

Però vorrei sollevare un momento lo sguardo, pensare al codice di procedura civile, ed in particolare alla consulenza tecnica, come ad uno strumento di verità, isolando il problema dal diritto sostanziale, non porta da nessuna parte. Sempre nell'ottica di tutelare principi, valori, giustizia, deboli, la nostra giurisprudenza, assai spesso, dell'accertamento della verità dei fatti, deliberatamente, se ne disinteressa del tutto, e anzi lo respinge.

Della protezione internazionale ho già detto, se dovessero essere accolte le sole domande fondate su fatti veri quanti sarebbero ad ottenere la protezione? Ma parliamo del nesso di causalità.

Intermediazione finanziaria. Una volta che l'intermediario non abbia adempiuto i propri obblighi informativi il danno si presume, dice la nostra giurisprudenza, ed è una presunzione legale, mentre l'intermediario non può contrastare la presunzione attraverso la «dimostrazione di una generica propensione al rischio dell'investitore, desunta anche da scelte intrinsecamente rischiose pregresse» (Cass. 17 aprile 2020, n. 7905, e molte successive conformi). Questa è la giurisprudenza della sezione, e questa giurisprudenza io applico. Ma non ha proprio senso. Adesso non mi voglio dilungare sull'impiego della nozione di presunzione legale: la Cassazione può creare presunzioni legali desunte «dal sistema»? Guardiamo alla sostanza: io investitore sono uno che compra sempre titoli rischiosi, il mio motto è chi non risica non rosica, se preferite *audentis Fortuna iuvat*; per

esempio, sono una sciura milanese che ha comprato e ricomprato obbligazioni Argentina e altra roba ben più *hard, futures*, derivati su azioni, criptovalute, e mi è andata sempre bene fino all'ultimo giro di giostra; l'ultima volta mi è andata male, l'Argentina è fallita; ma io, povera sciura milanese, non sono stata informata, ed il giudice deve presumere, per legge, che se fossi stata informata non li avrei comprati quei titoli e non avrei perso i miei soldi. Ma, dico io, se comprava sempre quelli e altri titoli rischiosi, perché il giudice deve presumere un cosa del genere? Perché deve presumere il contrario di quanto qualsiasi persona con la testa al solito posto riterrebbe? E poi, chiedo al lettore, ti sembra normale che in un sistema governato dal principio del libero convincimento del giudice, la Cassazione, a parte l'impiego della presunzione legale, possa dirgli, dire al giudice di merito: «Tu di queste circostanze non ne devi tenere conto»? Qui non abbiamo il giudice come fattore della verità, per citare il titolo del libro di Derrida, abbiamo grande e grosso il deliberato nascondimento della verità. Ma si dirà: gli intermediari finanziari sono cattivi, l'investitore è la parte debole, bisogna compensare l'asimmetria informativa, sempre volendo credere che di investimenti finanziari il povero lacchè dell'intermediario ne sappia più della sciura milanese. Bene, sul come nasce e sul perché nasce con George Akerlof, «*Market for Lemons*», l'idea dell'asimmetria informativa, che non ha nulla a che fare con la tutela del povero acquirente di una macchina scassata, ma con la tutela del funzionamento del mercato, che è tutt'altra cosa, non mi posso dilungare. Diamo per ammesso che l'investitore finanziario meriti di essere tutelato come parte debole del rapporto. Ora, il presumere che vi sia nesso eziologico tra inadempimento dell'obbligo informativo e danno dà luogo ad una operazione redistributiva, e cioè il danno subito da me investitore va addossato alla banca, che tosto lo scaricherà sulla clientela, questo è ovvio. Ma la redistribuzione è una cosa seria, non è detto che sia giusta e vantaggiosa per la società (si vedano le confliggenti opinioni di Rawls, Dworkin e Robert Nozick, «Anarchia, stato e utopia»), ma è una cosa seria; nell'ottica dell'art. 3 della Costituzione, bisogna togliere ai ricchi per dare ai poveri, bisogna ridurre la distanza che c'è tra i più poveri e i più ricchi; se io randomizzo la redistribuzione a favore della sciura milanese, che di investimenti ne ha fatti dieci e ne ha beccati nove, perché appunto non è una cretina ma una sciura milanese, sono, diciamo così, eufemisticamente, un ingenuo.

La verità nella responsabilità medica. Altro capitolo in cui si capisce che la verità è un valore a corrente alternata. Il «più probabile che non», una delle pagine più discutibili della nostra giurisprudenza degli ultimi vent'anni: se la sanità pubblica è ridotta com'è, parte (sia pure piccola) del merito è anche del «più probabile che non».

Il caso, deciso da una sentenza della S.C. del 2007, da cui si parte è questo: un subacqueo si immerge ed è costretto a riemergere senza manovre di decompressione, va in ospedale e dopo poco se ne torna a casa (non sappiamo se perché lo decide lui o se lo manda via il medico); poi si sente male e la malattia da decompressione gli provoca un'invalidità del 60%; ne segue una causa in cui vengono fatte due consulenze con le quali i consulenti in sostanza dicono che, forse, chi lo sa, il paziente, se sottoposto subito a terapia iperbarica, non avrebbe riportato postumi, o almeno non postumi così gravi, chi può dirlo. Bene, la regola è che la prova del nesso causale è a carico del danneggiato: medico e ospedale vanno condannati? La corte d'appello dice di sì, e la Cassazione, con una

sentenza-saggio di 41 pagine, conferma, e così motiva, mi raccomando non ve la perdetevi: «Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene, in questo quadro, il *topos* "disfunzionale" al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo "pendolare" segna diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura a fatti concreti – l'intervento del medico – e moduli giuridici – la sua responsabilità – un tempo tra sé alieni, che officia la mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria». Devo dire che tra *topos* (un roditore?), pendoli, alieni, prede e mutazione genetica, potrebbe apparire tratto più da un film dell'orrore, da un incubo di Cronenberg («La mosca», «Videodrome» ...), che da una sentenza della cassazione civile. Ma da questa cosa qui, che risale al 2007, è scaturita la giurisprudenza oggi ferma sul «più probabile che non», in una versione all'italiana, beninteso, che negli Stati Uniti il «più probabile che non» va insieme con l'apporcionamiento della responsabilità, e cioè è un sistema pragmatico in cui se io accerto che il nesso di causalità c'è con probabilità del 25% ti riconosco il 25% del risarcimento. Da noi invece è esattamente come se, avendo giocato un cavallo (cioè una *fiche* a metà tra due numeri), il giocatore di *roulette* pretendesse dal giudice, scusate volevo dire dal *croupier*, l'intera vincita. Il «più probabile che non», un suo senso, nella versione statunitense, ce l'ha (nella versione statunitense). Ma non parliamo di verità, che la verità qui è programmaticamente bandita dalla partita. E vi faccio grazia di una ulteriore riflessione su una cosa secondo me davvero importante, che però esula dal tema: avete letto tutti nei giorni scorsi della sentenza statunitense sul fatto che Facebook darebbe assuefazione, beh, questa affermazione è stata possibile proprio a mezzo del «più probabile che non», con un effetto sistemico colossale e potenzialmente disastroso, perché qui ciò che viene incrinato è il principio stesso dell'autoresponsabilità, che tiene in piedi tutta la baracca. Qualcuno di voi dirà, vabbé finisce tutto in una bolla di sapone come le *tobacco litigation*: lo so.

Ma torniamo a noi, al consulente tecnico d'ufficio: ma che senso ha farne un pilastro della verità quando deve accertare il «più probabile che non»?

**B.S.** Dalle considerazioni finora svolte (pur sommariamente) dovrebbe emergere l'opinione che è eccessivo immaginare di trovarsi in una dimensione nuova del giudicare. È pur vero che la legislazione sovranazionale, nei settori in cui domina, presenta – soprattutto nella sua tensione ad una tutela effettiva – una espansione dei poteri del giudice nel senso della ricerca di una verità non meramente convenzionale. Ritengo però che sia ancora affrettato parlare di un cambio di paradigma.

La prudente sospensione del discorso non significa comunque un suo abbandono: la dimensione europea riserva sorprese, e compito dell'interprete e dell'operatore è quello di tenersi pronto ad affrontare sfide sempre nuove.

**R. C.** *Res iudicata pro veritate habetur. Verità e certezza viaggiano su coordinate parallele. Il giudice e la sua espressione di verità sembrano, nella sua visione, in crisi, vanno potenziate o riconformate in relazione all'attuale sistema di tutela dei diritti?*

**M.D.M.** Il diritto è una cosa che non dovrebbe mai rinunciare, per conto mio, a servire a far funzionare meglio nel complesso la società (questo non vale solo per Weber, vale pure per Habermas: «Da un lato, il diritto stabilito garantisce l'applicazione del comportamento legalmente atteso e quindi la certezza del diritto. Dall'altro lato, le procedure razionali per la creazione e l'applicazione del diritto promettono di legittimare le aspettative che vengono così stabilizzate; le norme *meritano* obbedienza giuridica»), ivi compresa l'economia di mercato: anche per una ragione elementare, la già citata redistribuzione, che è una cosa seria e ci vogliono soldi («Là ci vogliono soldi, soldi assai», è un'altra citazione da Totò). Il diritto come macchina giova anche alla redistribuzione perché aumenta la ricchezza, aumenta le «risorse», come dicono i politici. In questo periodo in cui abbiamo a disposizione l'intelligenza artificiale, ciò che occorre ripensare è proprio l'idea weberiana del diritto come macchina, una favola, all'epoca, ma non oggi.

E il giudicato serve a questo, se dopo la sentenza passata in giudicato rimettiamo tutto in discussione, il processo che lo abbiamo fatto a fare? Qui ci imbattiamo secondo me in un paradosso, coloro i quali sostengono che il processo ha come scopo la ricerca della verità materiale sono poi nondimeno quelli favorevoli alla cedevolezza del giudicato: ma che senso ha ammazzarsi di fatica a cercare la verità a tutti i costi per poi dire che quell'accertamento può essere messo bellamente nel nulla? Viceversa, il giudicato serve proprio perché la ricostruzione dei fatti è sempre fallibile. Per questo copre «il dedotto e il deducibile». Può essere rimesso in discussione il giudicato? Sì, se ricorrono i presupposti della revocazione straordinaria.

Prima dicevo di Babele, in riferimento alla Corte di giustizia. E pensavo proprio a questo. Sapete tutti dell'opposizione consumeristica a decreto ingiuntivo, proposta in sede di opposizione esecutiva, e sapete come le Sezioni Unite hanno deciso la cosa in qualche modo disinnescandola. In realtà, il tutto si traduce in ciò, che nel fare il decreto ingiuntivo il giudice di merito deve avere la furbizia di aggiungere una formuletta in cui dice al debitore ingiunto: «Guarda, svegliati! Questo è l'ultimo treno che passa, dopodiché... nullità consumeristiche, che io non ho trovato, non le potrai più eccepire». Ma per questa strada, più di recente, qualche mese fa, la Corte di giustizia ha detto, chiamata in causa da un rinvio pregiudiziale della nostra S.C. (continuiamo così, facciamoci del male), che la nullità consumeristica è rilevabile nientepopodimeno che in sede di giudizio di rinvio a seguito di precedente cassazione. Adesso non mi interessa dire perché questa soluzione è per conto mio tecnicamente confusa. Il punto è che noi abbiamo oltre tre milioni di cause pendenti e 250.000 avvocati, se a un dato momento non mettiamo un punto fermo, qui viene giù tutto. E cioè di questo passo si arriverà a dire che la questione della nullità consumeristica può essere sollevata anche contro la sentenza passata in giudicato: e perché solo in sede di opposizione esecutiva, se me ne accorgo dopo? A quel punto ci vedremmo costretti a scatenare i controlimiti. E dunque ad arrivare ad uno scontro con l'Europa, che non è una cosa esattamente auspicabile per una ragione semplice: perché

occorre avere consapevolezza (e questa tra di noi giudici mi pare totalmente assente) che qui di magnifiche sorti e progressive non ce ne sono, l'Europa, nella congiuntura attuale, è lì lì per implodere, è ovviamente auspicabilissimo che non accada, ma il rischio c'è e grosso, e spazio per autolesionisti e costosissimi furori ideologici non ce n'è.

**B. S.** Non mi è ben chiaro il quesito. La cosa giudicata è l'espressione della verità processuale e giudiziaria e sta ad indicare l'impossibilità che prevalga ogni verità che sarebbe necessariamente non processuale e non giudiziaria proprio perché in conflitto con il frutto legittimo del processo. Con quali pretese di esattezza e di affidabilità si potrebbe giustificare una "verità" che pretende di prevalere su quanto scaturito dal rispetto delle regole e, in fondo, dalla conformità ad un "giusto processo"? Semmai – ma il discorso sarebbe lungo e complesso – la giurisprudenza dovrebbe tornare a considerare come la sua innata tendenza ad allargare il giudicato (frutto a sua volta di considerazioni legate ad esigenze *lato sensu* di *giusto processo*) possa indebitamente pregiudicare esigenze di accertamento della realtà che sarebbero più equamente soddisfacibili in un giudizio liberamente formulato.

**R. C.** *La stabilità del giudicato e la revocazione introdotta dall'art. 391 quater c.p.c. Alla ricerca della verità coerente con i diritti umani e quindi più giusta?*

**M.D.M.** Appunto.

**B.S.** Sì, anche se l'incongrua forzatura normativa che limita ai "diritti di stato della persona" l'esperibilità del rimedio ne limita forzatamente l'utilità. Limitazione normativa che emerge ancora di più se si considera la poca fortuna della sacrosanta tesi di Francesco Luiso che legge la formula come comprensiva dell'intera famiglia dei diritti non patrimoniali, "*non avendo alcun senso restringere la previsione agli status in senso tecnico*". La disputa sull'ambito di applicazione dell'art. 391-*quater* c.p.c. (sulla precisa portata dell'espressione "*diritto di stato della persona*") si riflette peraltro sulla linea della Corte EDU, che potrebbe esser portata a non concedere l'*equa soddisfazione* ritenendo esperibile la revocazione in ipotesi (diritti non patrimoniali) in cui tale revocazione venga poi di fatto negata.

**R. C.** *L'AI, la verità e le verità del processo. La Corte di cassazione in funzione della verità del diritto del caso concreto può essere soppiantata dalla verità artificiale predittivamente dispensata?*

**M.D.M.** La Corte di cassazione no, il giudice di merito, almeno in primo grado, sì. Premesso che l'intelligenza artificiale può essere utilissima in fase preparatoria anche per la Cassazione, perché quando su una norma importante, certo, ma che non è proprio il caposaldo del sistema, come ad esempio l'art. 300 c.p.c. (ne ho scelto una a caso) hai ad oggi 1024 massime al CED, anche al più bravo giudice di Cassazione gli può sfuggire

qualcosa, premesso questo, il campo dell'intelligenza artificiale per conto mio è un altro, si può e si deve pensare ad un utilizzo massiccio in primo grado, ma anche in una fase *pre-trial*, in cui l'AI dice alle parti, che so, guardate che qui l'attore ha l'87% di probabilità di vittoria (oppure ne ha il 14%), che vogliamo fare? E così: si butterebbe alle ortiche quel trappolone che è oggi la mediazione; si velocizzerebbe ed omogeneizzerebbe il primo grado; si riuscirebbe a risparmiare giudici da spostare in appello, allargando un po' le maglie dell'impugnazione; si allenterebbe indirettamente la pressione sulla Cassazione.

Insomma, non ho grandi dubbi che l'AI sia un *atout* enorme per far funzionare la giustizia civile, non per sé, ma perché questo è interesse comune che giova al funzionamento come dicevo dell'economia di mercato che regge la società. Naturalmente, prefiche e chiliasti abbondano (non sono mai mancati dinanzi a qualunque novità: ve ne dico una, Platone, nel Fedro, condanna l'uso diffuso della scrittura, sostenendo che avrebbe condotto all'ignoranza e non alla vera sapienza), e del resto mi pare ovvio visto che l'applicazione dell'AI al processo civile costringerebbe una moltitudine di persone a cambiare lavoro.

**B. S.** La verità processuale è per definizione verità del caso concreto, e su questo terreno l'intelligenza artificiale è di limitata utilità; di più: è pericolosa. Essa offre certo un ausilio potente nel reperimento di dati e nella loro organizzazione, ma non bisogna dimenticare che le sue soluzioni si fondano sempre su modelli di plausibilità linguistica a base fondamentalmente statistica. Ora, per quanto ampio e raffinato possa essere il suo modello, l'intelligenza artificiale entra intimamente in conflitto con la struttura argomentativa del ragionamento giuridico (in genere) e (ancor più) del ragionamento giudiziario. Il rischio molto concreto è che la plausibilità linguistica e la pressione della soluzione statisticamente fondata accechino la logica (e la responsabilità) della ricerca della soluzione adeguata alle circostanze sostanziali e processuali.

È comunque inevitabile che l'uso dell'intelligenza artificiale dilaghi (per tante intuibili ragioni) nel futuro prossimo. Spetta allora all'educazione giuridica e alla trasmissione del *know how* professionale affrontare il problema dei limiti intrinseci dello strumento; in tal senso urge una riflessione collettiva, concreta e pratica intesa a sostituire alla mitologia della IA la consapevolezza del suo ruolo ancillare rispetto alla scelta umana del giudizio.

**R. C.** *In chiusura, dal vostro punto di vista vi persuade l'idea del diritto come "verità dell'azione"?*

**M.D.M.** Sarò nuovamente franco, non so granché di Giuseppe Capograssi, non sono in grado di dire la mia sul suo pensiero filosofico, un accenno al suo pensiero che mi viene dall'esame di filosofia del diritto, una vita fa, è ridotta a tre o quattro righe ed è di un filosofo di estrazione cattolica, non so molto altro. Per contrasto mi torna alla mente un grande avvocato americano, difensore di cause perse in favore degli ultimi, cause che lui però non di rado vinceva, Clarence Darrow, che ebbe a dichiarare, in riferimento ad una sua causa: «*I don't believe in God, because I don't believe in Mother Goose*». Chiudo ri-

cordando che Clarence Darrow ispira la parte recitata da Orson Welles in «Frenesia del delitto», basato sul celebre caso giudiziario Leopold e Loeb, caso da cui sono stati tratti anche «Rope» («Nodo alla gola»), di Alfred Hitchcock, ed anche un film più recente, «Formula per un delitto». Darrow riuscì a fargli dare l'ergastolo in luogo della pena di morte, che abborriva.

Mi rendo conto infine di aver parlato più di cinema che di diritto, sicché forse la mia intervista sarebbe più adatta ai *Cahiers du cinéma* (magari!) che alla prestigiosa Rivista dei civilisti italiani, ma le cose stanno così, il cinema mi interessa, sulla verità sono scettico anziché no.

**B.S.** Non mi è chiaro cosa si voglia dire. La formula mi sembra retoricamente efficace ma è passibile di troppi significati per permettermi una risposta sufficientemente precisa.

**Romano Vaccarella** Rispondo alle diverse domande con una riflessione unitaria. Il brocardo *res judicata pro veritate habetur* esprime con cristallina chiarezza il tautologico concetto di “verità” quale scaturisce dal processo: è vero ciò che la sentenza passata in giudicato dichiara essere vero (perché, precisava l’art. 1350 c.c. 1865, “l’*autorità del giudicato*” è oggetto di “*presunzione legale*”).

Colui – il Giudice – che dichiara la “verità” deve fondarsi sui fatti – e relative prove – che gli sono sottoposti (sia i fatti che le prove) secondo le regole fissate dal legislatore processuale per il loro ingresso nel processo, regole nelle quali si esprime quanto intenso sia l’interesse del legislatore per un ordinato svolgimento del processo: ogni regola dettata dal legislatore processuale mira, nella sua visione, a rendere “migliore” la decisione, ma per il legislatore processuale “migliore” significa decisione che, in quanto frutto di un procedimento le cui scadenze e preclusioni siano state rispettate, sia conforme alla disciplina sostanziale. E il legislatore processuale, oggi, non solo riserva (giustamente) alle sole parti il potere di introdurre i fatti nel processo, e alle parti riserva anche quasi integralmente i mezzi di prova, ma ne cadenzia i tempi stabilendo che ad una fase dedicata ai fatti segua – segnate entrambe da termini da osservare a pena di decadenza – una fase dedicata alla indicazione dei mezzi di prova che, *ratione materiae*, la legge consente di volta in volta di esperire: si riesce a immaginare uno storico che deve ignorare un documento decisivo (pro o contro la sua tesi) perché ricevuto “tardivamente”?

Ne discende che il Giudice deve, in primo luogo, valutare se, del tutto a prescindere dalla idoneità di un mezzo di prova a rappresentare il fatto che occorre dimostrare, ha il potere-dovere di prendere in considerazione la prova solo se ritualmente sottopostagli, e deve astenersi dal prendere in considerazione, anche se palesemente idonea a rappresentare il fatto, la prova irritualmente giunta al suo esame: ciò che è l’opposto del criterio – la selezione tra “vero” e “falso” – cui deve ispirarsi lo storico, criterio che il giudice è chiamato ad utilizzare solo se, e dopo aver verificato che, il rito che disciplina l’ingresso nel giudizio è stato rispettato: per il giudice il “come” deve precedere, e deve prevalere sul “vero o falso” perché quando c’è un conflitto quel che conta è, in primo e essenziale luogo, il rispetto delle regole del gioco.

Del tutto coerentemente con questo quadro non c'è spazio per un (serio) obbligo per le parti di dire la verità, ma solo per suoi blandi e obsoleti surrogati (lealtà e probità): da un tale obbligo scaturirebbe inevitabilmente quello del giudice – in assenza di prova contraria, della quale sarebbe onerata (persino della diabolica prova negativa!!!) la controparte – di ritenere vere le *pro se declarationes* di ciascuna parte, con un appesantimento notevolissimo dell'istruttoria anche della più banale delle controversie. Per non dire della costante eventualità di uno sbocco penalistico del processo civile in caso di dolosa violazione dell'obbligo di dire la verità ad opera della parte-teste.

L'esperienza di questi ultimi anni ci ha insegnato che il processo non serve a scrivere la “grande” storia, e – perché non è a questo fine costruito - nemmeno quella “piccola” e quotidiana: non vi sono riusciti neanche i processi penali, nonostante i ben più ampi poteri di quel giudice, perché si è constatato che il Giudice che voleva ricostruire la “storia” finiva, in realtà, per mettere in bocca al “popolo italiano” personali e soggettive convinzioni che, se espresse da un sociologo in un saggio, avrebbero meritato attenzione e dibattiti, ma che, espresse in una sentenza, erano rese artificiali proprio per il mezzo – la sentenza – attraverso il quale quelle soggettive e personali convinzioni vedevano la luce. Anche se il legislatore ampliasse i poteri del giudice e costui li esercitasse nella ricerca della verità, mai – a mio avviso – la scoperta della verità potrebbe essere lo scopo del processo; che è (ma solo apparentemente) più modesto, in quanto la soddisfazione dell'interesse meritevole di tutela implica che la chiovendiana volontà astratta della legge sia stata correttamente individuata dal giudice (*iura novit Curia*) e applicata nel caso concreto nel rispetto della legge processuale che assegna al giudice il compito di gestire un “giusto” processo quale terzo imparziale.

Il giudice che aspira al ruolo di storico è, a mio avviso, molto probabilmente un mediocre storico (perché la sua “vocazione” ha, normalmente, un'origine ideologicamente partigiana), certamente è un pessimo giudice, se non altro perché è un giudice (che ama essere) protagonista, laddove nel processo giusto ciascuno rispetta il proprio ruolo, e l'esercizio dei propri poteri costituisce null'altro che l'adempimento di un dovere verso l'ordinamento di cui è, ed è fiero di essere, servo: soprattutto per i giudici – ben più che per le parti – vale quanto diceva Cicerone: *servi legum sumus ut liberi esse possimus*.

**Paolo Spaziani** Provo a fornire in maniera unitaria risposte che muovono da una premessa comune: la premessa è che, a mio avviso, la *funzione* del processo civile non può essere individuata nella ricerca della verità; credo, anzi, che sarebbe assai pericolosa l'idea che affermasse che tale ricerca costituisce lo *scopo* del processo.

Che la ricerca della verità fosse lo scopo del processo civile era scritto nella relazione che Enrico Redenti redasse, nel 1934, a corredo del suo progetto di attuazione della legge di delega per la riforma del codice di procedura civile, sotto il ministero di Francisci. Si trattava del secondo tentativo di dare corpo al nuovo codice di procedura civile, dopo quello autorevolmente effettuato da Francesco Carnelutti nella commissione presieduta da Lodovico Mortara nel 1926 (che non era peraltro piaciuto al ministro Rocco)

e prima di quello culminato nei progetti Solmi del 1937 e del 1939, cui lo stesso Redenti aveva contribuito in maniera decisiva.

Redenti scrisse che la novità saliente del venturo processo sarebbe consistita nella previsione che il giudice e le parti si mettessero seduti «intorno ad un tavolo» al fine di «sfrondare tutto quello che non serve», «cavare il nocciolo o il gariglio da ogni questione» e far emergere, «in molti casi, anche la *verità* dal metaforico pozzo» (il corsivo è mio).

L'elevazione dello strumento processuale da mezzo per risolvere le controversie a strumento di ricerca della verità incideva peraltro sulla concezione ideologica posta a base dello stesso: i nuovi orientamenti *pubblicistici*, che avevano nutrito i rivoluzionari insegnamenti chiovendiani (peraltro, destinati ad essere quasi provocatoriamente criticati da Salvatore Satta) rischiavano infatti di trasformarsi in idee decisamente *autoritaristiche*, attraverso una deviazione del modello processuale verso il principio *inquisitorio*, accolto non solo nella sua accezione *formale*, ovverosia rinunciando alla regola dispositiva della disponibilità delle prove (scelta che avrebbe pure potuto trovare giustificazione in una semplice opzione legislativa compiuta in funzione della bontà tecnica del giudizio), bensì addirittura nella sua accezione *materiale*, ovverosia rinunciando alla regola dispositiva della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (che costituisce il fondamento della devoluzione alle parti della disponibilità dell'oggetto del processo e dei poteri di impulso processuale).

La deriva "autoritaristica" nel nome della ricerca della verità (deriva talmente marcata che, un decennio dopo, Gian Antonio Micheli e Virgilio Andrioli avrebbero ricordato il progetto preliminare Solmi come un progetto «poliziesco», mentre successivamente Franco Cipriani vi avrebbe veduto il «trionfo dell'autoritarismo processuale») fu colta nell'immediatezza da Piero Calamandrei.

Calamandrei, nel redigere il parere che l'Università di Firenze, il 28 luglio 1937 aveva fornito, su richiesta del ministro, al progetto preliminare Solmi, rilevò che la traduzione della concezione pubblicistica in un'incauta e radicale restaurazione del *principio di autorità* avrebbe potuto «aprire il varco a quella malsana tendenza, seguita da qualche legge straniera» (lo studioso fiorentino esemplificò, richiamando il processo civile della Russia sovietica) «che vorrebbe ridurre le leggi processuali a pochi principi direttivi», abbandonando così le parti, non già alla mera *discrezionalità*, bensì all'*arbitrio* del giudice; osservò che, pur nell'ambito di una visione pubblicistica (e persino autoritaria) del processo civile, la soppressione del principio dispositivo avrebbe avuto effetti sciagurati poiché esso rappresentava la proiezione sul piano processuale del principio sostanziale della disponibilità dei diritti soggettivi; concluse quindi che la sostituzione di tale principio con il «principio d'ufficialità», giustificata dall'esigenza di ricerca della verità, avrebbe significato, in sostanza, «abolire il diritto privato», «trasformare in diritto pubblico tutto quanto il diritto civile», e, in definitiva, fare come «quei regimi in cui si è voluto totalmente e consapevolmente abolire la proprietà privata ed in generale il diritto soggettivo individuale».

La verità come scopo del processo resta sostanzialmente estranea sia alla concezione pubblicistica che a quella privatistica del processo civile. Per la prima, il processo è, *oggettivamente*, attuazione della legge. Per la seconda è, *soggettivamente*, attuazione (o tutela) del diritto (più in generale, della situazione giuridica) azionato in giudizio.

Per entrambe le concezioni, il giudice è chiamato a comporre una controversia (la *lite*, nella visione carneluttiana) applicando la norma di legge che realizza la tutela del diritto azionato, ove accertato come esistente, oppure la nega, ove accertato come inesistente.

La verità non è dunque il fine del processo, ma ne è il *mezzo*: il giudice non è ministro di verità ma ministro di giustizia attraverso l'applicazione della legge, salvo i casi in cui può decidere secondo equità. La verità-mezzo serve come base per raggiungere il fine, costituito dal rendere giustizia; la norma invocata a tutela del diritto, infatti, viene applicata, o no, a seconda che si accerti la *fattispecie* per la cui *disciplina* quella norma è dettata.

L'accertamento della *fattispecie*, cui sono preordinate l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova, non è funzionale al raggiungimento di un obiettivo di verità, ma alla fissazione del presupposto di fatto dell'applicazione di una regola giuridica e, quindi, di una decisione che, in tanto è secondo giustizia, in quanto si traduca nell'applicazione della regola prevista dall'ordinamento per quel fatto.

In tale prospettiva, il compito del giudice civile non ha nulla in comune con quello dello storico e, men che meno, con quello dello storiografo: la ricerca (intesa come attività di indagine) di questi ultimi si colloca nel mondo dei fatti e può avere come obiettivo la verità; la ricerca del giudice si colloca nel mondo del diritto e deve avere come obiettivo la giustizia. Invece, il giudice non deve andare alla ricerca dei fatti ma assumere come *dati* (e quindi presumere come *veri*) quelli che gli vengono consegnati dalle parti attraverso l'esercizio del diritto di allegazione e del diritto alla prova. L'accertamento di fatto è certamente uno dei compiti del giudice di merito; ma tale accertamento non è il frutto di una indagine personale del giudice alla ricerca della verità, bensì di un *giudizio* ricostruttivo (dei fatti) e valutativo (delle prove) espresso sulla base dell'attività assertiva e probatoria, che resta nella disponibilità delle parti. Il giudice deve garantire che tale attività si svolga in condizioni di parità nel reciproco contraddittorio, ma non può interferire in essa, nel nome della ricerca della verità, perché verrebbe meno al suo dovere di imparzialità. In tal senso, l'elevazione della verità a scopo del processo può impedire che sia resa giustizia: quale sentenza sarebbe infatti più ingiusta di quella resa da un giudice non imparziale?

Nel codice di procedura civile, la verità viene evocata nelle regole che disciplinano i mezzi di prova, non in quelle che regolano i poteri del giudice: la verità costituisce l'oggetto del giuramento del consulente e dell'impegno del testimone (artt.193 e 251 c.p.c.). Ma il fondamento di tali previsioni va ravvisato nell'esigenza di assicurare alle parti l'esercizio del diritto alla prova, non in quella di consentire al processo il raggiungimento di un obiettivo di verità storica che gli è estraneo, posto che altrimenti non si spiegherebbe il rigido divieto imposto al giudice di porre a fondamento della decisione la propria scienza privata, né avrebbero senso le preclusioni assertive ed istruttorie, nonché quella del giudicato, la cui *infirmitas* – determinata nell'attuale ordinamento privatistico integrato anche attraverso l'aumento dei mezzi di impugnazione straordinaria come quello di cui all'art.391-*quater* c.p.c. – non deriva dall'esigenza di ricerca della verità ma, nuovamente, da quella di assicurare il contraddittorio, quale elemento costitutivo irrinunciabile dell'attività giurisdizionale e *vero* presupposto di una decisione giusta.

La tutela del diritto alla prova si riflette sulla posizione delle parti: se da un lato non può affermarsi la sussistenza di un obbligo assoluto di verità (avuto riguardo al principio per cui *nemo tenetur se detegere* e al valore di prova legale della confessione, quale dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte), dall'altro lato la predetta specificazione del diritto alla prova (anche) quale diritto alla verità dei mezzi di prova, tutela l'interesse di ognuna delle parti alla verità del mezzo di prova dedotto dall'altra, che è vincolata alla salvaguardia dell'utilità della controparte ben oltre i confini della buona fede processuale.

Se la *verità del fatto* è semplicemente recepita dal giudice in quanto offertagli dalle parti (e, in questo senso, la fattispecie ricostruita attraverso l'attività assertiva e probatoria delle parti non può da lui che essere presunta come vera), il giudice deve però offrire alle parti la *verità del diritto*, individuando la regola che disciplina quella fattispecie e permette di accordare (o negare) la tutela al diritto fondatamente (o infondatamente) azionato.

Nel passaggio dal fatto al diritto i ruoli si invertono: il soggetto attivo dell'indagine diviene il giudice e le parti ricevono la verità giuridica frutto dell'*invenzione* condotta secondo la regola interpretativa. Peraltro, come la ricezione della fattispecie offerta dalle parti avviene sulla base di un giudizio (di fatto) di valutazione della loro attività assertiva e valutativa, allo stesso modo la ricezione della disciplina offerta dal giudice avviene sulla base di una valutazione della *sua* attività inventiva del diritto, espressa dalle parti mediante l'impugnazione (o la non impugnazione) della sentenza.

Il giudice si limita, dunque, a presumere la *verità del fatto*, da cui muovere per cercare la *verità del diritto*; ma la ricerca del giudice sul diritto è non meno avventurosa e insidiosa di quella svolta dalle parti sul fatto; l'*invenzione* della verità del diritto esige infatti che il giudice non si limiti ad individuare la norma di diritto positivo che disciplina la fattispecie, ricostruita sulla base dell'attività assertiva e probatoria delle parti, ma che ne discopra – e ne offra a sua volta alle parti – il *vero* significato.

Questo significato non si identifica con quello risultante dalla disposizione scritta ma con quello che essa assume effettivamente nella *coscienza sociale* in un determinato momento storico.

L'*invenzione* del diritto rappresenta dunque, prima che un fatto giuridico, un fatto umano, non fungibile dall'intelligenza algoritmica, perché trascende la sfera del dogmatismo, per entrare – come soleva dire, con parole care, il mio indimenticabile Maestro, Cesare Massimo Bianca – in quella del sentimento.

L'accettazione sociale della norma è, invero, il *fatto* da cui scaturisce il *diritto*: la norma, infatti, è giuridica se viene *accettata* ed *applicata* come tale dal corpo sociale, il quale può respingerla (facendola cadere in desuetudine), accettarla nella sua totalità oppure recepirla in un'accezione differente da quella corrispondente alla disposizione scritta: un'accezione che può anche mutare nel corso del tempo, assumendo significati nuovi e diversi.

Questo significato (il significato di effettività della norma, che è fondamento stesso della giuridicità e quindi presupposto della sua *verità*, quale norma *vivente* nell'ordinamento) è disvelato dall'operazione interpretativa: essa operazione, quando si traduce in

un risultato esegetico consolidato, non può essere qualificata né alla stregua di un atto arbitrariamente creativo o modificativo del contenuto autentico e invariabile della norma scritta, né alla stregua di atto “neutro”, meramente disvelatore di tale contenuto, rimasto sinora miracolosamente celato.

La *verità* attuale del diritto è offerta dunque dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati, e particolarmente dalle massime della giurisprudenza di legittimità, in quanto la concreta applicazione giudiziale della norma costituisce indice della sua accettazione sociale e in quanto la massima giurisprudenziale riflette il significato dalla stessa assunto nella coscienza sociale.

In tal senso – e solo in tal senso – può parlarsi di una *verità della sentenza*, mentre non può parlarsi di una *verità dell'azione*.

Nel sistema processuale civile l'azione costituisce un diritto soggettivo autonomo e distinto dal diritto sostanziale fatto valere. Essa, collocata nel «sistema dei diritti», secondo la storica espressione consegnataci da Giuseppe Chiovenda il 3 febbraio 1903, non rappresenta soltanto il mezzo per l'affermazione della volontà dello Stato mediante l'attuazione del diritto obiettivo, in conformità alla concezione pubblicistica della giurisdizione, quale funzione pubblica, espressione della sovranità statale; l'*azione* rappresenta piuttosto – e principalmente – il mezzo per l'apprensione di un bene giuridico idoneo al soddisfacimento di un bisogno *privato*, in conformità alla classica concezione *jeringhiana* del diritto soggettivo quale potere dato dall'ordinamento ad un soggetto per la tutela di un *interesse*.

La *vocatio in ius* serve, dunque, non solo (e non tanto), *oggettivamente*, a suscitare l'“attuazione della legge”, quanto, piuttosto, *soggettivamente*, a suscitare l'applicazione “in proprio favore”.

Nell' “attuazione della legge” si realizza la funzione pubblicistica dell'azione quale mezzo attraverso il quale, sia pure su impulso del privato, si afferma tuttavia la volontà dello Stato per il tramite degli organi giurisdizionali.

Nell'attuazione della legge “*in proprio favore*” se ne realizza la funzione privatistica, quale diritto soggettivo strumentale al soddisfacimento dell'interesse all'apprensione di quel *bene della vita* che è la *tutela giurisdizionale*.

La tutela giurisdizionale quale bene della vita (arg. ex art.810 c.c.) integra il punto di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato attraverso il diritto soggettivo di azione e rappresenta lo scopo del processo. Si tratta di un autonomo bene della vita, distinto da quello che costituisce il punto di riferimento oggettivo del diritto sostanziale.

Nella teoria del rapporto processuale, essa costituisce la *prestazione* che ne forma oggetto (arg. ex art.1174 c.c.), la quale è distinta da quella che forma oggetto del rapporto sostanziale, sia *soggettivamente* (in quanto resa non dal soggetto passivo di questo rapporto ma dall'organo dello Stato istituzionalmente preposto a realizzarne la tutela), sia oggettivamente, in quanto dotata *ex se* di intrinseca utilità giuridica, indipendentemente dall'accoglimento della domanda e dal conseguimento, spontaneo o coattivo, della *diversa* prestazione dovuta dal soggetto passivo del rapporto sostanziale.

Il riconoscimento alla tutela giurisdizionale della natura di autonomo bene della vita, oggetto del diritto di azione e scopo del processo civile, trova riscontro nella classi-

ficazione chiovendiana delle «varie specie» in cui essa si articola («di condanna, d'accertamento, di costituzione»), nonché nella corrispondenza tra queste e le diverse specie di diritti soggettivi, e, infine (e principalmente), nel riconosciuto carattere generale della tutela di *accertamento mero*, dal cui rilievo sistematico – ci ricorda Andrea Proto Pisani – si desume l'autonomia del diritto d'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale.

La qualificazione della tutela giurisdizionale quale autonomo bene giuridico, punto di riferimento oggettivo dell'interesse tutelato dal diritto di azione e fine ultimo della giurisdizione, emerge, inoltre, dall'affermazione dei suoi *attributi o connotati ontologici*, indispensabili in funzione del raggiungimento dell'obiettivo (l'attuazione della legge in proprio favore) per il quale quel diritto è conferito.

La finalità del processo può essere raggiunta, infatti, solo se la prestazione che forma oggetto del rapporto giuridico processuale venga resa in modo *giusto* (arg. ex art. 111 Cost.), ovvero sia salvaguardando l'*autonomia*, l'*indipendenza* e la posizione di *terzietà* e di *equidistanza* del giudice; garantendo alle parti la piena esplicazione del diritto di difesa e di quello al *contraddittorio*; e assicurandone la posizione di *parità* nell'esercizio dei diritti di allegazione e di prova e nel conseguente svolgimento dell'attività assertiva e istruttoria.

La *giustizia* del processo civile – e con essa la salvaguardia degli attributi essenziali della tutela giurisdizionale quale bene giuridico – possono essere garantite solo nell'ambito di un *processo dispositivo ad impulso di parte* (arg. ex artt. 99, 112, 115, 306 ss. c.p.c.). I rari inquinamenti inquisitori di tale processo trovano fondamento nella peculiare natura della situazione giuridica tutelata nei singoli procedimenti per cui sono specificamente previsti, quali processi deputati alla tutela di interessi generali di rilievo pubblicistico, aventi natura superiore e indisponibile, come ci ricorda Ferruccio Tommaseo, comunque «tali da non essere soggettivabili», per dirla con Luigi Montesano.

Essi possono consistere in circoscritti temperamenti all'applicazione del principio della disponibilità delle prove (c.d. principio dispositivo in senso formale) o di quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (c.d. principio dispositivo in senso materiale), mai in una disapplicazione del principio della domanda in funzione dell'attribuzione al giudice di un potere *officioso* finalizzato alla ricerca della verità materiale.

In questi procedimenti, che la dottrina, sulla scia di un'intuizione di Enrico Allorio, ha definito *processi a contenuto oggettivo*, l'interesse superindividuale tutelato si atteggia diversamente e può assumere il contenuto più vario: da quello ad una più incisiva tutela delle prerogative processuali della parte vulnerabile (come nel processo del lavoro o in quelli relativi al diritto di immigrazione) a quello alla eliminazione dal commercio giuridico delle prove documentali false (come nel processo per querela di falso); da quello alla conservazione e chiarificazione dei rapporti giuridico-economici (come nei procedimenti per la dichiarazione di assenza e morte presunta) a quello alla salvaguardia di soggetti incapaci o minori di età (come nei giudizi di interdizione e di inabilitazione e in quello di adottabilità).

Espressione degli inquinamenti inquisitori resi necessari dalla natura della situazione giuridica tutelata, quale situazione “non soggettivabile” sono, oltre all'evocato art.421 c.p.c. (che nel processo del lavoro realizza una deviazione dal principio dispo-

sitivo in senso formale), gli artt. 221, 49 e 58 c.p.c., nonché l'art.9 legge adoz., che – rispettivamente nei giudizi di falso, assenza e morte presunta, adozione – realizzano una deviazione dal principio dispositivo in senso materiale, nella misura in cui il giudizio, pur iniziando per effetto dell'impulso di parte o del pubblico ministero, può esitare in un provvedimento il cui contenuto non è determinato dalle allegazioni delle parti ma esclusivamente dalla sussistenza delle condizioni legislativamente previste. Esempio in tal senso è, poi, in tema di interdizione e inabilitazione, l'art. 418 c.c., che svincola, in diversa misura, il provvedimento interdittivo o inabilitativo, nonché quello di applicazione dell'amministrazione di sostegno, dalla domanda formulata con l'atto introduttivo o successivamente precisata.

Tuttavia, neppure in questi procedimenti si assiste ad una rinuncia alla tecnica processuale basata sull'*iniziativa di parte*, quantunque temperata dall'*allargamento della categoria dei legittimati a proporre la domanda* o dal conferimento del *diritto di azione al pubblico ministero*. Se non erro, le ipotesi di *processo officioso puro* storicamente conosciute dal nostro ordinamento sono state tre (quella prevista dall'art. 6 legge fallimentare in ordine all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento; quella prevista dall'art.8 della legge sull'adozione dei minori in ordine alla dichiarazione di adottabilità; e quella prevista dall'art. 29 della legge n. 1766 del 1927 in tema di promozione dei giudizi dinanzi ai commissari per gli usi civici); e di queste tre, le prime due (l'art. 6 legge fallimentare, nella sua formulazione originaria, è stato sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n.5 del 2006; l'art. 8 legge sull'adozione legittimante, nel suo testo iniziale, è stato sostituito dall'art. 8 della legge n.149 del 2001) sono state successivamente eliminate.

La struttura dispositiva del processo civile impedisce alla ricerca del *vero* – intesa come indagine funzionale ad un superiore interesse al disvelamento della *verità storica e materiale* – di affermarsi come scopo del processo, persino nell'ambito dei giudizi deputati alla tutela di interessi superiori e indisponibili, di rilievo pubblicistico.

L'individuazione nella predetta indagine del *fine* della giurisdizione proietterebbe infatti il giudizio verso l'assunzione del «principio di ufficialità», per dirla con Calamandrei. La naturale implicazione dell'assunzione di tale principio sarebbe la dissoluzione degli attributi ontologici della tutela giurisdizionale quale bene giuridico distinto dal diritto sostanziale per il quale è invocata, nonché oggetto dell'interesse tutelato attraverso il diritto di azione. Ne discenderebbe il venir meno della posizione di equidistanza da parte del giudice, che si farebbe attore degli interessi in gioco e interferirebbe nell'attività di impulso e di prova delle parti, fatalmente finendo per avvantaggiarne una in danno dell'altra, violando il dovere di imparzialità. Ne uscirebbero lesi i principi che fondano l'equità del giudizio. E sarebbe irrimediabilmente smarrita la via della giustizia.

**R.C.** La questione della verità nel processo civile occupa una posizione centrale nella riflessione sul giudicare. Come ricordava Giuseppe Capograssi, il processo “suppone la verità, crede nella verità e la ricerca”, fino al punto che, senza questa fiducia originaria nel valore del vero, la giurisdizione stessa rischia di perdere significato. La verità non è, in questa prospettiva, un dato immediato né un assoluto metafisico, ma ciò verso cui il processo tende come pratica ordinata e responsabile di decisione.

Su questo sfondo, che attraversa la riflessione classica e contemporanea sul giudizio e sull'accertamento dei fatti, si colloca anche il confronto sviluppatosi nel 2010 tra Michele Taruffo e Bruno Cavallone sulle pagine della *Rivista di diritto processuale*. Quel dialogo ha reso particolarmente visibile una tensione assai risalente nella cultura processualistica. Da un lato una prospettiva particolarmente attenta ai limiti strutturali del processo, al ruolo delle regole, alla funzione del giudicato e al carattere storicamente situato della verità giudiziaria; dall'altra l'idea dell'accertamento veritiero dei fatti come condizione necessaria della giustizia della decisione.

Le trasformazioni intervenute negli ultimi anni – con l'emersione delle fonti sovranazionali – diritto UE, CEDU – l'ampliamento dei poteri del giudice in ambiti sensibili, il ripensamento del giudicato in relazione alla violazione dei diritti fondamentali successivamente accertata e le nuove sfide poste dalle tecnologie e dall'intelligenza artificiale – rendono utile interrogarsi sul significato odierno della ricerca della verità nel processo e sul suo rapporto con le garanzie e la certezza.

Le domande rivolti agli insiemi processualcivili ed ai magistrati di Cassazione hanno inteso verificare se e in quale misura la verità continui a rappresentare una categoria essenziale per comprendere il giudizio civile nell'attuale contesto storico.

Nel tentare una sintesi delle risposte emerge con chiarezza una pluralità di approcci. Il tratto comune che attraversa le risposte sul tema della verità nel processo civile risiede nella sua riconduzione ad un'idea di verità eminentemente processuale, originata dalla verifica che nasce e si esaurisce all'interno delle regole del giudizio, espressa in modo lapidario dal brocardo *res iudicata pro veritate habetur*. Il giudice non è dunque chiamato a farsi storico, ma a decidere sulla base della domanda, dei fatti e delle prove ritualmente introdotti, nel rispetto delle scadenze, delle preclusioni e dei ruoli fissati dal legislatore. È dunque il rispetto delle regole del gioco a costituire la condizione e la misura stessa della giustizia della decisione. Coerentemente, non vi sarebbe spazio per un obbligo generalizzato di verità delle parti, ma solo per (pseudo?) doveri di lealtà e correttezza. La verità, così intesa, non è negata né è lo scopo del processo, bensì il suo esito, inscindibilmente collegato a un'idea di giustizia fondata sul primato delle regole e sulla terzietà del giudice.

In questa prospettiva il contraddittorio non è riducibile a un mero requisito formale, ma si configura come un vero e proprio scambio, un passaggio argomentativo da una parte all'altra fondato sul rispetto reciproco. È in tale dinamica che il processo può contribuire alla ricerca della verità, arricchirsi sul piano conoscitivo, al di là delle contrapposte narrazioni.

I temi proposti – il rapporto tra verità processuale e storica, tra verità, ruolo e poteri del giudice e tra verità, giustizia e doveri di lealtà delle parti – sono stati declinati in modo assai denso dagli autori secondo sensibilità e riferimenti teorici diversi. Affiora però in modo sostanzialmente corale un senso di equilibrio e di appagamento per l'attuale assetto delle regole processuali, talora ricondotto alla sapienza del diritto vivente, talaltra – e soprattutto – al radicamento di principi fondamentali che governano il processo e, dunque, sostengono l'idea stessa di giustizia.

Accanto a questa linea centrale si intravede qualche apertura – in filigrana – verso una prospettiva che, attenta al tema dei poteri officiosi del giudice e/o alle influenze “europee”, considera l’esigenza che il processo conservi una tensione verso la ricerca della verità.

Sul punto, non sembra secondario evidenziare che proprio alcune materie sensibili, nelle quali campeggiano valori fondamentali della persona – collegati, ad esempio, alla famiglia ed al superiore interesse dei minori – lo stesso ruolo del giudice e delle parti (e, con queste ultime, dei difensori) rispetto alla ricerca della verità assume tratti peculiari. Si pensi, a titolo esemplificativo, all’articolo 473-*bis*.18 c.p.c., dedicato al “dovere di leale collaborazione”, alla cui stregua “Il comportamento della parte che in ordine alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi del secondo comma dell’articolo 116, nonché ai sensi del primo comma dell’articolo 92 e dell’articolo 96”.

In questa stessa direzione sembrano, del resto, orientare i richiami all’effettività della tutela giurisdizionale e al sentimento, quali elementi capaci di ancorare le regole processuali alla sostanza dei fatti e alle vicende umane che il processo è chiamato a ricostruire *a posteriori*. Quanto e se tali suggestioni potranno influenzare, in misura più o meno marcata, “settori altri” governati dal diritto UE e/o dai principi fondamentali della persona come scolpiti dalle Carte dei diritti spetterà a ciascun lettore considerare e valutare.

Il lancio dell’ultima domanda, volutamente sommaria e provocatoria, non chiude dunque il discorso, ma ne costituisce il punto di avvio ideale per un ulteriore approfondimento, destinato a interrogare il tema della verità in una prospettiva filosofica ed epistemologica.