



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Angela Condello

Fare la verità giuridica

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Fare la verità giuridica

Dire di ciò che è che non è, o di ciò che non è che è, è falso;
mentre dire di ciò che è che è e di ciò che non è che non è,
è vero¹

SOMMARIO: 1. Verità o giustificazione – 2. Specificità della verità giuridica – 3. ‘Fact checking’ antichi e moderni

1. *Verità o giustificazione*

La verità giuridica è una verità peculiare, certamente connessa alla verità che potremmo definire «generica», ma generata da modi e strumenti specifici che permettono di *farla*. Il giurista - in vari modi e per varie ragioni – è chiamato a misurarsi con il problema della costruzione della verità e in particolare con i giudizi sulla veridicità di fatti o eventi (da un lato, *i*), e sulla corrispondenza fra le proposizioni normative e la realtà (dall’altro, *ii*). Questi due problemi sono, fra loro, correlati ma, a un tempo, anche relativamente indipendenti. La pratica giuridica incrocia il problema della verità sia a livello del giudizio (i fatti, gli eventi, sono accaduti in questo modo? – problema della verità giuridica *i*), sia a livello della veridicità delle proposizioni giuridiche, cioè affrontando la domanda se ci sia o no corrispondenza fra il contenuto delle proposizioni giuridiche e il mondo esterno (problema della verità giuridica *ii*). In questo senso, si può valutare anche il contenuto di una proposizione giuridica come «la legge dice che non sono ammessi gli elefanti in questo albergo», per quanto bizzarro possa suonare. *Come* sia verificata la corrispondenza o la veridicità di fatti o eventi nel processo (problema della verità giuridica *i*), e *se* una

¹ ARISTOTELE, *Metafisica*, 1011b.

proposizione giuridica abbia un determinato valore di verità (problema della verità giuridica *ii*), sono questioni, per l'appunto, correlate e indipendenti². Nelle pagine che seguono ci occupiamo quasi esclusivamente del problema della verità giuridica di tipo *i*, e vale a dire del carattere artificiale della verità giuridica, che è *fatta* per mezzo di procedure.

Questi due problemi della verità giuridica (*i* e *ii*) convergono intorno a una questione precisa, ossia fino a che punto una proposizione giuridica (un enunciato normativo o la sentenza di un giudice) sia corretta: lo sviluppo di tale questione conduce a diversi modi di pensare il diritto – alcuni più realisti, altri più idealisti. In ogni caso, i sistemi giuridici dispongono di complesse regole procedurali che permettono di affermare se, e in quali circostanze, certi oggetti, proposizioni, affermazioni o argomenti possono essere presentati come *veri*³.

² L. MASON, *Idealism, empiricism, pluralism, law. Legal truth after modernity*, in *Post-Truth, Philosophy and Law*, ed. by A. Condello and T. Andina, Londra-Abingdon-New York, 2019, 93 s.

³ Queste regole, in genere, riguardano i modi in cui i fatti sono presentati attraverso prove o l'uso di testimonianze e variano fra sistemi a impianto inquisitorio (riconducibili al processo canonico) e a impianto accusatorio (riconducibili al modello liberale della *Magna Charta*). Nel tempo, questi due impianti hanno dato luogo a modelli misti e variamente composti, per cui tipicamente nel sistema inquisitorio giudice e accusatore sono fra loro identificati, c'è presunzione di colpevolezza e si usa la carcerazione preventiva, mentre nel sistema accusatorio il giudice e l'accusatore sono distinti, c'è diritto alla prova della difesa in condizioni di parità con l'accusa e in genere prima della condanna non vi è reclusione. A questi diversi modelli corrispondono diverse teorie della scienza giuridica, alcune costruttiviste, altre meno e, a fronte di queste diverse teorie, si sono sviluppate idee differenti di verità giuridica (cfr. J.R. RAZ, *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*, Oxford, 1980). Molti dei dibattiti negli ultimi decenni si sono concentrati sul problema del disaccordo attorno ai contenuti delle proposizioni giuridiche (cfr. R. DWORKIN, *Law's empire*, Cambridge, 1986, cap. 1 in part.). Il campo di studi denominato '*jurisprudence*' studia primariamente quello che potremmo definire il problema del concetto di diritto e la sua natura di strumento di regolazione sociale (cfr. anche il fondamentale lavoro di H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961).

Diverse concezioni relative alla produzione della verità giuridica corrispondono a diverse idee del diritto. La verità è l'interpretazione? Oppure la verità è esclusivamente un prodotto del modo in cui il diritto è formulato, ed è dunque questione di analisi del linguaggio giuridico? I principali disaccordi in filosofia del diritto hanno riguardato e tuttora riguardano il problema se il diritto sia (o no) una pratica sociale, e di che tipo: questo contrasto fra prospettive (talvolta ridotto all'alternativa fra positivismo e naturalismo) ha alimentato una ricca discussione sul modo con cui si determina la verità giuridica. La questione su cui si dibatte, più in particolare, è che cosa renda *vera* una proposizione giuridica (tanto alla luce del problema *i* che del problema *ii*), il che dipende dalle regole sull'applicazione e l'interpretazione del diritto all'interno di una determinata giurisdizione e, inoltre, riguarda le fonti e i criteri utilizzati per interpretare e applicare la legge (ad esempio, l'uso dei precedenti). Tali criteri variano rispetto al modello di sistema giuridico che si considera – ci sono per esempio dei sistemi in cui ha un ruolo centrale la giurisdizione delle corti costituzionali e delle corti supreme (nell'interpretazione della legge). Pensiamo ad esempio al problema della legittimità di certi approcci al ragionamento giuridico, come il dibattito intorno alle alternative fra originalismo, testualismo, interpretazioni finalistiche o evolutive negli Stati Uniti: una questione recentemente riemersa a proposito della sentenza che ha ribaltato *Roe v. Wade*, reintroducendo un'interpretazione restrittiva del diritto delle donne ad accedere all'interruzione volontaria di gravidanza⁴.

Dal punto di vista filosofico, ci sono almeno due teorie sulla verità che possono essere considerate rilevanti nella prospettiva giuridica: quelle che considerano le questioni legate alla verità in quanto problemi di *corrispondenza* fra proposizioni giuridiche e realtà, e quelle che le considerano in quanto problemi di *coerenza*⁵. In rapporto alla

⁴ C.R. SUNSTEIN, *There Is Nothing That Interpretation Just Is*, in *Constitutional Commentary*, 30, 2015, 193–212.

⁵ Per una buona sintesi rispetto alle questioni poste, in maniera particolare, da questo testo: <https://plato.stanford.edu/entries/truth/> [M. GLANZBERG, *Truth*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a cura di E.N. Zalta, 2021]. Per le varie teorie della verità si vedano inoltre *Verità. Annuario e bollettino della Società italiana di Filosofia*

corrispondenza, la verità è valutata sul piano ontologico e metafisico: ad esempio, dire che la proposizione «i topi mangiano il formaggio» è vera richiede che esistano oggetti come i topi e il formaggio, e che esistano dei topi in grado di mangiare il formaggio. Questo comporta una serie di assunti a livello metafisico e di tesi a proposito del mondo. L'altra teoria, detta della coerenza, critica la prospettiva statica e atomistica sulla verità che appartiene al corrispondentismo, proponendo una visione più olistica della verità che tenga conto dei diversi modi di pensare il mondo.

In ambito giuridico, questi diversi approcci si riflettono – diciamo, più o meno, per dare un'indicazione di massima – nelle polarizzazioni fra realismo e idealismo: ed esempio, secondo una tesi tradizionalmente citata di Oliver Wendell Holmes⁶, la verità di una proposizione giuridica deriva dall'esame delle applicazioni del diritto nel mondo reale. Altre letture orientate in questo senso stabiliscono che una proposizione giuridica non è altro che la previsione dell'applicazione del diritto da parte di un ufficiale⁷: in questi termini, una lettura realista tende a collocare la verità delle proposizioni giuridiche nella tradizione empirica che tipicamente appartiene alle scienze naturali. Altre prospettive riconducono la verità delle proposizioni giuridiche non tanto al processo che conduce al giudizio, ma in senso più ampio alla funzione sociale del diritto, cioè all'*uso* che si fa di questo strumento per la regolazione sociale.

Oltre alla distinzione fra corrispondenza e coerenza, ce n'è un'altra, filosoficamente molto rilevante, che serve rileggere in rapporto alla verità giuridica: si tratta dell'alternativa fra verità e giustificazione. Una cosa è dire «che una certa asserzione è vera, altro è dire che è *giustificata*,

analitica (SIFA), a cura di M. Carrara e V. Morato, Sesto San Giovanni (Mi), 2010; D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007; S. CAPUTO, *I fattori di verità*, in *Aphex. Portale italiano di Filosofia analitica*, 4, 2011, 184-216.

⁶ O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 10, 1897, 457 s.

⁷ B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1.04, 1995, 481-492. Per un contributo più recente sempre dello stesso autore: ID., *Naturalizing jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*, Oxford, 2007.

cioè che ci sono delle buone ragioni per *pensare* che sia vera»⁸. Dal punto di vista giuridico, questa distinzione è fondamentale: il processo (per occuparci del problema della verità nella nostra ripartizione) è lo spazio in cui meccanismi organicamente progettati autorizzano a pensare una proposizione *in quanto* vera. Diego Marconi, per spiegare la distinzione fra verità e giustificazione, fa propri episodi storicamente accaduti ed esempi mutuati dalle scienze: «supponiamo che l'aereo di Ustica sia stato abbattuto da un missile. Se è così, l'asserzione 'L'aereo di Ustica fu abbattuto da un missile' è vera, anche se, oggi come oggi, non è giustificata o non lo è in modo del tutto soddisfacente; e forse non lo sarà mai». Supponiamo poi che i pianeti nell'Universo siano 1249: «l'asserzione 'I pianeti nell'Universo sono 1249' è vera, ma non sarà mai giustificata»⁹. Marconi riporta anche un esempio più triviale: «immaginate uno di quei giochi a premi in cui si deve indovinare quanti fagioli ci sono in un certo vaso di vetro. Certamente nel vaso ci sono più di venti e meno di centomila fagioli. Una (e una sola) delle asserzioni 'Nel vaso ci sono 21 fagioli', 'Nel vaso ci sono 22 fagioli', ..., 'Nel vaso ci sono 99999 fagioli' è vera, e può capitare che uno dei concorrenti azzechi quella giusta. Mettiamo che sia 'Nel vaso ci sono 1024 fagioli'. L'asserzione è vera, e lo si vedrà contando i fagioli; ma certamente nel momento in cui viene fatta non è giustificata»¹⁰. Provare a indovinare vuol dire, in questi termini, precisamente fare un'asserzione fattuale senza alcuna giustificazione. Il concetto stesso di «indovinare» esiste perché è possibile dire la verità per caso, cioè perché esistono delle occorrenze per cui una data proposizione corrisponde alla verità e casualmente queste possono identificarsi con determinate affermazioni¹¹.

⁸ D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, 8 s.

⁹ D. MARCONI, *Per la verità*, cit., 9.

¹⁰ D. MARCONI, *Per la verità*, cit., 9.

¹¹ D. MARCONI, *Per la verità*, cit., 8 s. Cfr. anche l'Appendice, *Due ragioni per distinguere «vero» da «giustificato»*, 161-163. Marconi aggiunge, nelle pagine seguenti, che il nostro uso dei termini 'giustificato' e 'giustificazione' non è uniforme: diciamo a volte che una credenza è giustificata (1) per dire che è *argomentata*, cioè che non è data come dogma ma è sostenuta da un ragionamento costruito su premesse (p. 11). Aggiunge,

Attraverso la distinzione fra teorie della corrispondenza e teorie della coerenza, da una parte, e quella fra verità e giustificazione, d'altra parte, la riflessione filosofica getta una luce fondamentale su un aspetto essenziale per ogni teoria sulla verità giuridica¹², ossia il fatto che quest'ultima è legata ai modi attraverso cui viene fatta e che nel diritto non c'è altra verità che quella *detta* tramite il processo. Poiché la verità giuridica ha delle implicazioni dirette sulla realtà, e poiché comporta delle conseguenze concrete sulla vita e le azioni, essa subisce una sorta di controllo qualificato per cui, nei fatti, è sempre *una verità nel senso di una giustificazione*¹³.

2. Specificità della verità giuridica

Anche fuori dal processo non si conseguono verità «assolute» (se mai ne esistessero): come nelle scienze empiriche, i processi sono

poi, che probabilmente «più spesso, diciamo che una credenza o un'asserzione è giustificata (2), per intendere che è derivata *in modo convincente* da premesse *plausibili*». In questo senso, possiamo dire che la credenza dei Romani sulla schiavitù o dei nazisti sulle responsabilità degli ebrei rispetto ai conflitti mondiali *non* sono giustificate (2), perché dipendono da cattive argomentazioni. Eppure, sempre in questo senso, «potremmo riconoscere che teorie o asserzioni false sono tuttavia giustificate (2): la teoria tolemaica del moto dei pianeti aveva dalla sua una miriade di osservazioni astronomiche e calcoli raffinati e corretti [...]» (11 s.). Certe asserzioni possono dunque essere, a un tempo, false *epppure* giustificate: questo è di fondamentale importanza nella prospettiva giuridica. Si veda anche D. MARCONI, *Fake news, the crisis of deference, and epistemic democracy*, in *Post-Truth*, cit., 86.

¹² Tema sul quale, in queste brevi riflessioni, non possiamo adeguatamente soffermarci. Sia sufficiente ricordare alcuni lavori fondamentali come L. LAUDAN, *Truth, error, and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge, 2006; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*³, Torino, 2022; P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014; S. HAACK, *Evidence matters. Science, proof and truth in the law*, New York, 2014. Sul rapporto fra diritto moderno e natura procedurale della verità, si veda inoltre E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008.

¹³ In questo senso, come diremo nel prossimo paragrafo, perde quasi di valore l'espressione «verità processuale», perché nel diritto (se ci occupiamo del problema della verità *?*) esiste *soltanto* la verità fatta attraverso il processo.

fallibili e dunque non esiste una verità assoluta, per di più in ambito giuridico. C'è stata, a questo proposito, una certa tendenza a considerare la verità raggiunta attraverso il processo come una verità qualificata, tanto che si è diffusa l'espressione «verità processuale»: questa, però, potrebbe risultare persino confusiva¹⁴. Nel processo, l'unica verità possibile è quella *costruita e fatta* attraverso le prove: non c'è *che* questa verità¹⁵, essa è la sola verità possibile. Si tratta di una tesi peraltro coerente con la tradizione filosofica che, al termine del XX secolo (a partire dagli anni Ottanta e Novanta in particolare), ha collegato il problema della verità ai cosiddetti «fattori di verità» (*truth-bearers*), per cui *non c'è nessuna verità senza i fattori di verità*, cioè senza quelle entità in virtù delle quali una proposizione può dirsi 'vera'¹⁶.

Prendiamo un caso che dimostri questa nostra tesi. Nel 1999 la Corte di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof* – BGH – *der Bundesrepublik Deutschland*) decide su un caso che, per la questione trattata, ci sembra emblematico¹⁷. Il tribunale era chiamato a stabilire se riconoscere in Germania una decisione transattiva presa in Belgio in rapporto ad alcuni comportamenti dotati (anche) di rilevanza penale.

¹⁴ G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 97.

¹⁵ Nietzsche, in *Verità e menzogna in senso extramurale* (1873, pubblicato postumo), affronta l'origine della conoscenza e torna spesso sul tema della verità come mera illusione dell'uomo (cioè come qualcosa che viene sempre prodotto). Per Nietzsche, la cui posizione è assai radicale, la verità è completamente un'illusione e a questa posizione, ma non solo, si fa risalire l'identificazione del filosofo tedesco fra i maestri della scuola del sospetto (espressione coniata da Ricoeur per definire Marx, Nietzsche e Freud – per via del materialismo storico, dell'uso del metodo genealogico, e del metodo psicoanalitico).

¹⁶ Cfr. S. CAPUTO, *I fattori di verità*, in *Aphex. Portale italiano di Filosofia analitica*, 4, 2011, 184-216; e, pure: S. CAPUTO, *La verità nel XXI secolo*, in *Verità. Annuario*, cit., 3 s. Dopo una prima fase del secolo (XX) in cui le teorie della verità sono riconducibili a un polo analitico (che fa capo a Wittgenstein) e a uno continentale-ermeneutico (che fa capo ad Heidegger), il dibattito sulla verità si complessifica sino a raggiungere un punto fondamentale con le teorie deflazioniste (H. Field), con la pubblicazione dell'articolo *Truth makers* nel 1984 da parte di Kevin Mulligan, Peter Simons e Barry Smith, e con la pubblicazione nel 1990 di *Truth* di Paul Horwich.

¹⁷ BGH NStZ 1999, 250: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=NStZ%201999,%20250>.

Tale procedura transattiva si era svolta, in Belgio, fuori dal processo ed era stata essenzialmente gestita da un'agenzia tributaria: essa non era, perciò, risultata dal lavoro di un'autorità giudiziaria e, ancor meno, giurisdizionale. Il riconoscimento di questa procedura transattiva era importante per stabilire se vi fosse efficacia di *ne bis in idem* ai fini della preclusione di un processo penale (poiché l'accertamento extraprocessuale, se riconosciuto, avrebbe bloccato sul nascere un'azione penale incipiente). Il *Bundesgerichtshof* negò questa possibilità, perché la decisione belga si era formata *fuori* dal processo penale: l'obiettivo, probabilmente, fu difendere il ruolo del processo penale come unico luogo in cui si realizza la formazione della verità processuale. Questa posizione ferma del supremo tribunale tedesco fa riflettere: non riconoscendo un giudizio formatosi fuori dalla sfera processuale, di fatto ammette che *non vi sia altra verità oltre a quella processuale*. La selezione rispetto a *cosa* ammettere in quanto dato, o prova, o argomento rilevante, è il *modus* che rende possibile la formazione di quell'oggetto, la verità, che è un tutt'uno con i meccanismi attraverso cui viene formata. L'ammissibilità, o l'ammissione, di *qualcosa in quanto qualcos'altro* ha il carattere performativo, inteso nel senso di Austin e Searle¹⁸, per cui facendo cose attraverso le parole si può far sì che un foglio valga come

¹⁸ Ci riferiamo in particolare a J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, Harvard, 1994 e a J.R. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969 (trad. it. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1992). Scrive Austin nella *Lecture I* di *How to do things with words* (1): «It was for too long the assumption of philosophers that the business of a 'statement' can only be to 'describe' some state of affairs, or to 'state some fact', which it must do either truly or falsely» (Per troppo tempo, è sopravvissuta la convinzione che la funzione di un'affermazione fosse soltanto quella di descrivere uno stato di fatto, sul quale ci si poteva esprimere nei termini della sua verità o falsità). Anche le prime righe di *Atti linguistici*, sebbene in maniera diversa, indirizzano il lavoro di Searle sul rapporto fra le parole e il mondo (in part. p. 25). Sia permesso, con riferimento alla «performatività» del giudizio giuridico, il richiamo ad A. CONDELLO, 'De albo nigrum'. *Il giudizio giuridico come sequenza di atti linguistici*, in *La Legislazione penale*, Numero speciale, *La decisione sul reato estinto. Riflessioni su norma, giudizio e giudicato*. Ringraziando Franco Cordero, 2021.

documento, che un pezzo di metallo valga come moneta e che una decisione precedente valga (oppure no) ai fini del *ne bis in idem*.

La specificità della verità giuridica, e in particolare della verità giudiziaria (ripensando alle distinzioni introdotte all’inizio di questo scritto), sta nel suo inscindibile rapporto con il processo, quel luogo «misterioso» che converge verso il giudizio e che permette di costruire e ricostruire i fatti e gli eventi¹⁹. Un luogo «misterioso» nel senso inteso da Salvatore Satta, ma anche un luogo necessario: «Ma il processo? Ha il processo uno scopo? Non si dica, per carità, che lo scopo è l’attuazione della legge, o la difesa del diritto soggettivo, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità [...]. Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio; e *processus iudicii* infatti era l’antica formula, contrattasi poi, quasi per antonomasia, in processo»²⁰.

Giudizio, processo, e verità sono evidentemente interconnessi²¹: nel già citato lavoro sulla verità²², anche Diego Marconi nota questa specificità della verità nel diritto, riportando un graduale slittamento nelle definizioni della Corte Costituzionale rispetto al fine del processo penale: «nel 1992, la Corte Costituzionale italiana aveva sostenuto che “fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità”»; trovando l’affermazione così ovvia da aggiungere che era “appena il caso di ricordarlo”. Nel 1998, la formulazione cambia e il fine del processo penale non è più indicato

¹⁹ Si pensi in questi termini, per esempio, ai processi politici, intorno ai quali si dibatte per decenni anche (anzi: soprattutto) a partire dall’ammissibilità degli elementi probatori, tanto che si può produrre confusione fra la figura del giudice e quella dello storico: cfr., da ultimo, C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Macerata, 2020. Si veda inoltre D. FIORENTINO, X. CHIARAMONTE, *Il caso 7 Aprile. Il processo politico dall’Autonomia Operaia ai No Tav*, Sesto San Giovanni (Mi), 2019.

²⁰ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 23 s.

²¹ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. di dir. proc.*, 1950, V.1, 1.

²² D. MARCONI, *Per la verità*, cit.

nella ricerca della verità, ma nell'«accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità»²³.

3. 'Fact checking' antichi e moderni

Per il diritto, dunque, la verità – da sola – non basta. Essa deve risultare da meccanismi che ne garantiscano la corretta «produzione»: essendo per antonomasia una verità che viene «fatta», insomma, non può essere considerata indipendentemente dai meccanismi che performativamente le attribuiscono valore di verità. Il processo è insomma una sorta di fattore della verità giuridica, nel senso filosofico del termine. Per questa ragione, questa verità deriva dal controllo dei fatti riportati, ciò che nel linguaggio comune è definito il '*fact checking*', un lemma ricorrente nel dibattito sulla postverità esploso qualche anno fa, come dimostra per esempio una nota interrogazione a Mark Zuckerberg da parte della deputata democratica Alexandria Ocasio-Cortez sul mancato *fact-checking* di Facebook a ridosso di passaggi elettorali importanti nella recentissima storia politica statunitense²⁴.

Il *fact-checking* non è usanza soltanto moderna, né tantomeno contemporanea: l'antica retorica, spiega Roland Barthes, nasce proprio con l'obiettivo di giustificare i processi di produzione della verità

²³ D. MARCONI, *Per la verità*, cit., 7 s. (Corte Cost. 3 giugno 1992, n. 255, presidente A. Corasaniti, redattore M. Ferri; Corte Cost. 4 novembre 1998, n. 361, presidente R. Granata, redattore G. Neppi Modona).

²⁴ Per esempio, a proposito dell'uso «politico» delle informazioni (anche false) circolate tramite social networks come Facebook: si pensi all'audizione tenutasi presso il Congresso degli Stati Uniti il 23 ottobre 2019, in cui la deputata democratica Alexandria Ocasio-Cortez rivolge una serie di domande a Mark Zuckerberg, uno dei fondatori di Facebook. Nell'audizione, Zuckerberg risponde alle domande del Congresso degli Stati Uniti in occasione della presentazione di 'Libra', la nuova valuta digitale che Facebook stava cercando di avviare. La deputata di New York coglie l'occasione per interrogare Zuckerberg sul caso Cambridge Analytica (quando, nel 2018, fu rivelato che Cambridge Analytica aveva raccolto i dati personali di milioni di account Facebook senza il loro consenso e li aveva usati per scopi di propaganda politica). Il termine '*fact-checking*' è centrale nelle domande rivolte a Zuckerberg: come erano controllate le informazioni? C'era qualche controllo sui fatti?

giuridica, attraverso la verifica delle prove e testimonianze da ammettere e da escludere²⁵. La verità è stata, insomma, *fatta* da sempre²⁶. E, se la post-verità è quella verità frutto di una produzione artificiale, allora potremmo dire, un po' radicalmente, che *non c'è altro che postverità*, nel senso che tutta la verità – e a maggior ragione, per le ragioni esposte, quella giuridica – è frutto di un'azione intenzionale volta a produrla.

Agostino, nel Capitolo X delle *Confessioni*, si chiede per quale ragione confessarsi a Dio, che è onnisciente: «*Volo eam facere in corde meo coram te in confessione, in stilo autem meo coram multis testibus*». La voglio fare nel mio cuore in confessione, e per iscritto di fronte a molti testimoni²⁷. Si tratta, ovviamente, della verità. Agostino, che nei libri precedenti ha raccontato la propria vita, e il proprio cammino verso Dio (dalla cattiveria infantile alla lussuria adolescenziale, dalla tentazione del manicheismo a quella della filosofia), è ormai convertito. Tutta la sua

²⁵ Sia permesso rimandare a A. CONDELLO, *In and 'Out of Joint', In and Out of the Norm: On Rhetoric and Law*, in *New Rhetorics for Contemporary Legal Discourse*, a cura di A. Condello, Edinburgh, 2020, 28 s., e a A. CONDELLO, «*Torniamo all'antico e sarà un successo*». *Alcune riflessioni su diritto e retorica a partire dall'«Ancienne Rhétorique» di Roland Barthes*, in *Narrazioni del diritto, musica ed arti tra modernità e postmodernità*, a cura di P. Chiarella, Napoli, 2020, 137 s.

²⁶ M. FERRARIS, *Agostino, fare la verità*, Bologna, 2022; si veda inoltre, dello stesso autore, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017. Il termine 'postverità' è stato, nel 2016, la parola dell'anno per l'Oxford Dictionary of English (nella sua versione inglese, 'post-truth'). Esso è stato associato soprattutto a due episodi: il referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea (Brexit), che si è svolto il 23 giugno 2016, da un lato; e l'elezione di Donald Trump. Il termine ha assunto un ruolo significativo nella designazione del rapporto tra politica, nuovi media e diffusione di notizie false, o comunque tendenziose, al fine di ottenere consensi. Il «New York Times è pura propaganda», ha scritto Noam Chomsky il 20 maggio 2015. E, meno di due anni dopo, il 17 febbraio 2017, Donald Trump ha scritto che le fake news (con il New York Times in testa) «non sono il mio nemico, sono il nemico del popolo americano». Il fenomeno rimanda a più risalenti questioni, come quella filologica della «critica delle fonti» (oggi riflessa nei problemi di cosiddetta «democrazia epistemica», su cui cfr. in particolare i saggi di Elisabetta Galeotti, Diego Marconi e Davide Pala in *Post-Truth*, cit.).

²⁷ M. FERRARIS, *Agostino, fare la verità*, cit., 7.

vita è stata presentata e chiarita – e a questo punto si domanda se abbia senso confessarsi a Dio che tutto sa e tutto conosce, da sempre. Il punto non è confessarsi all’onnisciente, però, ma alla propria coscienza, e soprattutto dinanzi ai testimoni, attraverso un meccanismo che rende *visibile* il processo di formazione della *sua* verità. I destinatari sono i credenti, perché la verità va fatta per quei mortali che non la conoscono (altrettanto insensato sarebbe chiarire a Dio la nozione di morte, o di vita, o di tempo)²⁸.

In questo senso, tanto nel mondo antico quanto nella modernità, la verità è l’esito della pronuncia di alcune parole: essa potrebbe dunque essere letta alla luce della teoria del ruolo performativo del linguaggio, come abbiamo visto nel paragrafo precedente²⁹. La verità sarebbe, insomma, il «risultato di un processo alla cui origine sta la volontà di verità, di dirla costi quel che costi, e al cui termine c’è una concezione del posto degli esseri umani nel mondo, che appare strettamente dipendente, nel bene e nel male, dalla verità»³⁰. Ecco nuovamente emergere la relazione fra verità e giustificazione, o meglio in questo caso fra verità e verificaione (in tutti i casi, *iustum facere* o *veritatem facere*)³¹.

Che sia giustificazione o verificaione, *la verità è nel suo stesso processo di formazione*, non ne è soltanto l’esito, ma si identifica con esso. Lo si è sostenuto anche in un testo uscito pochi anni fa³²: la verità giuridica è

²⁸ Ferraris precisa che l’espressione «fare la verità» è oggetto di una ermeneutica biblica, trattandosi di una espressione semitica, con varie attestazioni nei Vangeli e nelle Lettere. Così Paolo, rivolto a Dio: “desidero fare la verità che discende da te, che sale a te”, o Giovanni, citando un discorso di Gesù a Nicodemo: “chi fa la verità viene verso la luce, perché appaia chiaramente che le sue opere sono state fatte in Dio”» (M. FERRARIS, *Agostino, fare la verità*, cit., 9).

²⁹ Questa è anche la lettura di Derrida in *Circonfessione* (Roma, 2008), ripresa da Ferraris in *Agostino, fare la verità*, cit.

³⁰ M. FERRARIS, *Agostino, fare la verità*, cit., 11. Questo processo è legato anche alla relazione di fiducia fra i soggetti che affermano o riconoscono in quanto vera una proposizione.

³¹ J. DERRIDA, *Il fattore della verità*, Milano, 1975.

³² A. CONDELLO, *After the Ordeal. Law and the Age of Post-Truth*, in *Post-Truth*, cit., 21-31, 25 ss. in part.

esattamente quella verità paradigmatica di cui parla Gadamer in *Verità e Metodo*³³. La verità *fatta* nel processo e *detta in quanto tale* ha delle conseguenze sulla realtà e anche per questa ragione deve essere argomentata, giustificata e verificata. Il controllo sui fatti è un elemento di forte continuità fra i modelli antichi e quelli moderni: dalla confessione di Agostino all'interrogazione di Zuckerberg sul mancato *fact-checking* di Facebook, la verità corrisponde ai meccanismi attuati per controllare i fatti e verificarne la corrispondenza con le proposizioni.

È vero anche per le ordalie tardo medievali, diffuse fra i Longobardi come pratiche militari mirate a *fare una* (qualche) *verità*: in quelle situazioni, politicamente e istituzionalmente molto precarie, contava più avere *un qualche esito* di un processo che non avere *un esito corretto*. Così, spesso, la verifica e la giustificazione del vero erano affidati a prove come il passaggio (o il mancato passaggio) di stormi di uccelli, oppure l'inserimento della mano in un calderone bollente: con l'ustione, si era considerati colpevoli, senza l'ustione, innocenti. In questo caso, la giustificazione di una certa verità era rimandata a eventi estranei al controllo dell'uomo, e peraltro a questioni del tutto scevre da ogni razionalità. Quel che contava era, invece, che vi fosse *almeno un esito* sul quale basare dei provvedimenti: più che la verità, insomma, veniva ricercato un *dato*³⁴ da cui far dipendere delle conseguenze (ma cos'è, in fondo, la verità nel processo?)³⁵. Le ordalie e le procedure a

³³ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2001 (*Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica*, nella II parte sull'estensione della domanda sulla verità anche alle scienze umane).

³⁴ Questo aspetto risuona con i dibattiti sulla predittività dei sistemi a intelligenza artificiale, naturalmente, in cui contano più i dati che il senso dei procedimenti.

³⁵ Per maggiori riferimenti si rimanda ad A. CONDELLO, *After the Ordeal*, cit., in cui si spiega – rimandando anche a un lavoro di Luca Loschiavo – come il valore del processo sia cambiato con la Riforma Gregoriana (XI secolo): prima esso è attribuito dallo Spirito Santo e le procedure per fare la verità hanno una forza quasi mistica. Dopo la Riforma, lo Spirito Santo deve essere incarnato da un'istituzione che provi la veridicità di quanto affermato. Pratiche come l'ordalia erano in uso soprattutto prima della Riforma e il loro impianto probatorio era completamente diverso da quello del processo nell'antica Roma (spesso i meccanismi da cui veniva fatto dipendere l'esito

esse analoghe, in uso prima della Riforma Gregoriana, rimandavano al giudizio da parte di Dio, secondo un'idea per cui Dio avrebbe aiutato gli innocenti facendo verificare determinati eventi.

In conclusione, abbiamo cercato di spiegare alcuni dei motivi per cui si può affermare che la verità giuridica è una verità peculiare, *fatta* in determinati modi³⁶. Più che a persuadere un uditorio rispetto al contenuto della decisione, il processo mira ad affermare correttamente – e performativamente – che *una qualche verità* esiste ed è quella pronunciata *come* giudizio: una cosa è il *valore della verità*, un'altra cosa è la *procedura attraverso cui viene fatta la verità* nel processo. Per la scienza giuridica non ci sono, come dimostra la decisione del *Bundesgerichtshof* citata, fatti o eventi veri e falsi in assoluto, ma fatti o eventi correttamente verificati attraverso le procedure convenzionalmente riconosciute come valide: ciò perché nel diritto non conta verificare la *causalità* (come nelle scienze naturali), ma permettere che si svolga fluidamente un'*imputazione*, come afferma Kelsen nella sua dottrina pura³⁷.

Diversamente dalla storia e dalla letteratura³⁸, il diritto intrattiene con la verità una relazione a doppio filo con le conseguenze della verità

di una controversia erano anche duelli, giuramenti e fatti naturali del tutto casuali come il transito di animali).

³⁶ La bibliografia per approfondire tali questioni è davvero vasta. Si vedano F. VIOLA, *Judicial truth*, in *Persona y derecho*, 32, 1995, 249–266; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996; D. PATTERSON, *Law and Truth*, Oxford, 1996; G. TUZET, *Narrazioni processuali*, in *Aphex. Portale italiano di Filosofia analitica*, 7, 2013. Sulla costruzione linguistica della verità nel giudizio, v. P. BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Firenze, 2005. In genere, i soggetti che partecipano alla costruzione della verità intesa come giudizio sono di quattro tipi: le parti, i testimoni, gli esperti e consulenti, i giudici.

³⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 2000, in part. 207 s.

³⁸ Sia il diritto che la letteratura sono legati alla verità attraverso il suo negativo, e cioè il ricorso alla finzione. Si tratta di un tema molto complesso per la trattazione del quale si rimanda a A. CONDELLO, T. TORACCA, *La finzione giuridica e la finzione letteraria*, in *Fiction e non fiction. Storia, teorie e forme*, a cura di R. Castellana, Roma, 2021, 207: «la finzione giuridica è una tecnica che serve a travestire i fatti diversamente da ciò che sono e a far derivare degli effetti concreti da questa verità “finta” perchè

stessa: la correlazione essenziale è infatti imputazionale e non causale, cioè mirata a stabilire relazioni ferme tra fatti, eventi e relative conseguenze³⁹. Diversamente e (forse) meglio di altre pratiche, il diritto mostra come non vi sia esclusione fra la verità e il suo metodo⁴⁰, ma che al contrario soltanto attraverso un metodo certo può affermarsi qualcosa *in quanto* vero⁴¹.

ABSTRACT

L'articolo presenta brevemente la tesi secondo cui, in ambito giuridico, la verità è prodotta tramite procedure e dipende da specifici

costruita. La finzione letteraria è invece un discorso che permette di produrre degli enunciati credibili che non sono né veri né falsi perché non sono verificabili ma appunto finzionali. La finzione giuridica serve a fare qualcosa, per esempio a motivare una decisione rispetto all'ordinamento o a legittimare l'autorevolezza di un processo argomentativo; la finzione letteraria permette di creare personaggi, oggetti e mondi immaginari, cioè forme credibili di realtà alternative. Le due finzioni sono fondamentalmente diverse perché hanno una struttura diversa. La prima è essenzialmente basata sul principio del “come se”, ha natura ipotetico-comparativa e mira a produrre degli effetti nel mondo in maniera sistematica; la seconda è invece basata sul principio del “come”, non ha natura ipotetico-comparativa e si origina in un atto creativo che ricade nel dominio dell'estetica. Fondamentalmente diverse, esse condividono tuttavia un aspetto determinato e determinante: tanto in campo giuridico quanto in campo letterario la finzione non mente. Entrambe le finzioni si sottraggono infatti dal giudizio di verità o di menzogna».

³⁹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto*, cit.; sulla verità e la menzogna in letteratura, cfr. R. GIRARD, *Menzogna romantica e verità romanzesca. Le mediazioni del desiderio nella letteratura e nella vita*, Milano, 2021.

⁴⁰ Il riferimento è a H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit.

⁴¹ La verità è dunque connessa ai modi con cui si utilizza il linguaggio: è fatta intenzionalmente ed è detta performativamente (cfr. A. CONDELLO, *‘De albo nigrum’*, cit.). Nietzsche (1873) crede che la verità sia illusoria. Se l'uomo si riducesse alla sua natura razionale, sarebbe condannato all'annientamento, dato che ciò che crede essere verità si riduce ad una falsa conoscenza. Per quest'uomo, secondo la sua teoria di verità e menzogna, è ontologicamente inaccessibile. Cfr. P. FILOSA, *La parola ontologica: la critica del linguaggio in Nietzsche tra cristallizzazione e metafora creatrice*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 16.1, 2014, 653-674.

fattori di verità. Questa tesi viene argomentata a partire da fonti di filosofia del linguaggio e tramite alcuni esempi tratti dall'esperienza antica e moderna.

The paper briefly presents the following thesis: within the legal realm, truth is produced through procedures and depends upon specific truth-makers. Such thesis is argued through typical issues of philosophy of language as well as through examples from ancient and modern human experience.

PAROLE CHIAVE

Verità, giustificazione, giudizio, atti linguistici

Truth, justification, judgement, speech acts

ANGELA CONDELLO

Email: acondello@unime.it

