

ORIENTAMENTI

LEONARDO DI CARLO

Fatti e norme nella ricostruzione probatoria. Tra saperi specialistici e abduzione

La tesi dell'articolo è l'idea che la discrezionalità giudiziale giochi un ruolo *interstiziale*. Le componenti logiche, infatti, prevarrebbero su fattori di altro tipo, soprattutto sui fattori *psicologici* e su quella combinazione di fattori logici e fattori psicologici, tra cui andrebbe ascritta l'*abduzione*. Più in particolare, qui si sostiene l'idea che l'abduzione sarebbe fortemente condizionata dalla logica dell'*ottimizzazione* normativa dei principi giuridici. Infine, allo scopo di evitare che l'abduzione vada in contrasto con le esigenze garantistiche del sistema, si sosterrà, in primo luogo, la riduzione della filosofia della prova a dogmatica del diritto processuale e, in secondo luogo, la necessità di inserire la filosofia della prova all'interno di una più ampia teoria dell'argomentazione giuridica.

Facts and norms in the probatory reconstruction. Between specialized knowledge and abduction

This paper aims to prove that judicial discretion plays an interstitial role. Logical elements, in fact, prevail over another type's factors, especially over psychological factors and over a combination of logical and psychological factors, under which it should be recorded the abduction. In particular, it is sustained here the idea that the abductive reasoning would be conditioned from the logic of normative optimization of legal principles. At last, to avoid that abduction clashes with requirements to defend the rights, it will be sustained, in the first place, the reduction of philosophy of proof to dogmatic of procedural law and secondly the necessity to insert the philosophy of proof into a broad legal argumentation.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'argomentazione tra istituti, principi e regole - 3. Attività probatoria del giudice e saperi specialistici - 4. Abduzione e ottimizzazione - 5. Abduzione e garantismo: dalla filosofia della prova alla teoria dell'argomentazione giuridica.

1. *Premessa.* L'idea di fondo del presente saggio è una riaffermazione della tesi, in varie forme già espressa, del primato del normativo sul fattuale che si realizzerebbe lungo due direttrici: in primo luogo, nella disciplina giuridica dell'ingresso dei saperi specialistici nel processo; in secondo luogo, nella ricostruzione abduttiva dei fatti alla luce della logica più profonda, espansiva ed ottimizzante dei principi normativi. Ne seguirebbe una tesi ulteriore, quella di una discrezionalità giudiziale limitata e ridotta perché costretta a muoversi negli interstizi degli elementi di struttura del processo argomentativo.

2. *L'argomentazione tra istituti, principi e regole.* Ogni tentativo di ricostruzione e di analisi del processo argomentativo non può fecondamente porsi se non viene radicato all'interno di una prospettiva strutturale teorico-generale più ampia. Qui si assume una prospettiva istituzionale del diritto, contaminata

dalla sensibilità neocostituzionalistica nell'adozione della nota coppia concettuale di principi e regole.

Sulla base di questo presupposto, si afferma subito che le norme giuridiche avrebbero senso e forza precettiva solo all'interno degli "istituti", che così si rivelano essere il primo momento dell'esperienza giuridica¹. Ne segue che la norma giuridica, tendenzialmente intesa come norma di condotta², può radicarsi nell'istituto perché, in qualche modo, già lo presuppone. La norma che consente al proprietario di godere e alienare un bene – si dia la norma N₁ «il proprietario può godere e alienare il bene» – già presuppone il concetto di "proprietà".

Oltre ad essere condizione di pensabilità delle norme, l'istituto sarebbe anche condizione di pensabilità dei "principi" o "sottoprincipi" che si danno solo all'interno di esso³. I sottoprincipi, infatti, si condizionano reciprocamente perché olisticamente strutturati all'interno di quella totalità di senso che è l'istituto.

Ora, essenziale per le tesi qui esposte è la definizione dei principi quali "pre-cetti di ottimizzazione" (*Optimierung*), che viene mutuata dalla *Teoria dei diritti fondamentali* di Robert Alexy⁴. Da questa definizione, deriverebbero altre due idee. In primo luogo, le regole sarebbero l'esito del bilanciamento e dell'ottimizzazione dei principi. In secondo luogo, in linea con la migliore filosofia ermeneutica contemporanea, la sussunzione dei fatti nelle regole sa-

¹ Per una lettura "istitutistica" del pensiero istituzionale in cui è l'istituto a dar senso alle norme, cfr. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, 2017, 44 ss. Per una lettura istituzionalistica contraria, che insiste, invece, sulla riduzione degli istituti a complessi di norme, cfr. MACCORMICK WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, a cura di La Torre, Milano, 1990, 62-66. Il modello di istituto qui adottato è chiaramente orientato all'idea di "fatti istituzionali" sviluppata da J. R. Searle. Per Searle, se noi percepiamo un oggetto, ad esempio un martello, è in virtù dell'attribuzione pubblica di funzione al martello che ci fa percepire un oggetto come martello e non come tavolo. Dal punto di vista dei "fatti bruti", il martello consta di atomi e molecole cui è estranea l'idea di funzione del martello. Questa funzione si aggiungerebbe dall'esterno mediante un "battesimo pubblico", che trasforma così il fatto bruto in fatto istituzionale. Cfr. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, 37. Per la distinzione tra fatti bruti e fatti istituzionali, Id., *Atti linguistici*, a cura di Leonardi, Torino, 2009, 80-81.

² Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien, 1960, Nachdruck 2000, 13-14, 122-123, 169-170. Su un esempio di relazione tra la norma e la singola condotta atomisticamente intesa, che, fra l'altro, sarebbe presupposto del garantismo penale, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 14-15.

³ Sulle caratteristiche dei principi, cfr. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 74-77 e *Id.*, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 175-177; ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974, 49-50, che si limita alle sole caratteristiche della generalità e dell'assenza di vincolatività. Sulla generalità quale caratteristica fondamentale dei principi, cfr. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale LJ*, (1972), 81-838.

⁴ Cfr. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di Di Carlo, Bologna, 2012, 106.

rebbe solo un momento parziale del circolo ermeneutico in cui la norma condiziona il fatto e il fatto condiziona la norma. Qui, però, il circolo tra fatti e norme andrebbe specificato come il circolo tra fatti, regole e principi in modo che la tradizionale sussunzione normativa verrebbe guidata e condizionata dalla logica dell'“ottimizzazione dei principi”⁵.

Sul presupposto di quanto precede, va ora introdotta la questione del grado di discrezionalità del giudice, la questione cioè se al giudice residuino spazi discrezionali per sottrarsi alla logica dell'ottimizzazione⁶. L'idea che, al riguardo, qui si esprime è che il movimento argomentativo alternativo al processo di ottimizzazione e di cui il giudice disporrebbe sarebbe quello della “dissociazione della fattispecie normativa”, movimento che, però, rimane ad onere giustificativo e argomentativo aggravato⁷.

Diverse sono le teorie di ricostruzione della decisione giudiziale⁸. Per quanto il giudice emani sentenze per questo o quel motivo, egli persegue sempre queste ispirazioni assiologiche implicite mediante il movimento esplicito di tale logica bipolare. In entrambi i casi, la discrezionalità giudiziale parrebbe essere fortemente limitata tra questi due poli. Da un lato, il movimento dell'ottimizzazione, per natura espansivamente inerziale e, quindi, poco sensibile alla discrezionalità giudiziale. Dall'altro, quello della dissociazione della fattispecie normativa, che rimarrebbe pur sempre connotato da un onere di giustificazione aggravato, in cui la forza delle ragioni addotte dovrebbe essere in grado di superare controfattualmente il movimento inerziale dell'ottimizzazione normativa dei sottoprincipi dell'istituto. In sostanza, la logica del giudice parrebbe essere una “logica bipolare”, oscillante tra l'ottimizzazione normativa dei sottoprincipi e la dissociazione, argomentati-

⁵ Sul presupposto che una norma sia ottimizzazione di un sottoprincipio, la questione relativa a fin dove si possa e si debba ottimizzare viene risolta mediante l'idea che i limiti di configurazione di tale processo di ottimizzazione, all'interno dell'istituto, siano tracciati dal “principio di proporzionalità” (*Verhältnismäßigkeit*). In base a quest'ultimo, il principio di proporzionalità recita che il sottoprincipio dell'istituto, sotto il quale il caso è stato qualificato, va ottimizzato a partire da un punto sotto il quale non si può scendere - “punto di minimo” secondo il sottoprincipio di idoneità - fino ad un punto oltre il quale non si può procedere, o “punto di massimo” del principio di necessità, per non ledere in maniera ingiustificata e ultranecessaria i diritti della controparte.

⁶ La tesi qui avanzata dell'attività giudiziale quale attività sostanzialmente non discrezionale trova eco in quelle posizioni che, pur sottolineando la presenza di una componente retorica nell'attività giudiziale, tuttavia, ne sminuiscono la portata nella misura in cui includono la retorica nell'argomentazione. Sul punto, cfr. SAGNOTTI, *La filosofia del diritto processuale. Saggi di logica e argomentazione*, ebook, Torino, 2021, 19-21, 36 e soprattutto 39-41 dove si sottolinea la presenza essenziale della logica formale nel diritto, in opposizione a posizione come quelle di Toulmin, che, invece, ne sminuiscono la portata.

⁷ Cfr. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, cit., 309 ss.

⁸ Cfr. KIRSCH, *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*, 2. Aufl. Wiebaden, 1977.

vamente aggravata, della fattispecie normativa. La discrezionalità giudiziale si ridurrebbe alla scelta di uno di questi due poli dell'alternativa.

Ora, la tesi che qui si avanza è la seguente. Dire che la ricostruzione probatoria dei fatti dipenderebbe da tale logica bipolare significa dire che la ricostruzione dei fatti in giudizio sarebbe guidata da una logica di tipo normativo. Questo, però, sarebbe solo un lato del primato del normativo sul fattuale. Il secondo lato di tale primato è che il normativo condizionerebbe anche la ricostruzione probatoria di fatti effettuata mediante l'impiego delle teorie scientifiche. Ed è quanto succede in merito all'ingresso dei saperi specialistici nel processo di cui verranno richiamate brevemente alcune tendenze attuali, per poi tornare ancora una volta sull'inferenza abduttiva.

3. Attività probatoria del giudice e saperi specialistici. L'attività processuale ha visto negli ultimi decenni l'ingresso macroscopico dei saperi specialistici che sono sempre più di ausilio al giudice nell'accertamento probatorio della verità approssimativamente oggettiva dei fatti⁹.

Certo, questa relazione sempre più stretta tra diritto e scienza sembra in qualche modo essere contraddetta dalla constatazione per cui spesso la ricostruzione probatoria viene indicata con il termine di narrazione processuale, quasi ad indicare una ricostruzione giudiziaria degli avvenimenti affine a quanto avviene nelle narrazioni letterarie¹⁰ e in quelle storiche¹¹. Ciò non toglie, però, che la ricostruzione processuale debba sempre esercitarsi solo sulla base di presupposti e dati scientificamente acquisiti. Di qui la necessità di richiamare

⁹ Sulla progressiva influenza della prova scientifica con conseguente marginalizzazione di quella dichiarativa, cfr. FERRUÀ, *Presentazione*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Carlizzi, Tuzet, Torino, 2018, 4-5.

¹⁰ Allo stesso modo delle narrazioni letterarie, le ricostruzioni processuali tentano di ordinare in modo coerente un insieme di dati; entrambe, poi, presentano aspetti retorici. Certo, si tratta di due tipi distinti di narrazioni, differenziate da diversi elementi, tra i quali l'uso di prove, assenti nei contesti letterari, l'essere poste in essere da soggetti dotati di autorità istituzionale (giudici, avvocati, ecc.), il carattere autoritativo e, soprattutto la pretesa di verità, del tutto assente nelle narrazioni letterarie. Sul punto, cfr. VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 261-265; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 27 ss.

¹¹ Se l'assenza della pretesa di verità costituisce il tratto distintivo delle narrazioni processuali rispetto a quelle letterarie, tale pretesa, al contrario, rende affine le prime alle narrazioni storiche. Sul punto, cfr. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 37 ss. Anche qui, però, si tratta di due tipi distinti di narrazioni. A differenza delle ricostruzioni probatorie in giudizio, infatti, le narrazioni storiche non dispongono di prove sperimentali di tipo scientifico che, invece, occupano oggi larga parte di quanto avviene nei processi. Un'ipotesi scientifica può essere verificata e testata in laboratorio, mentre ciò è assolutamente impossibile nel caso delle narrazioni storiche. In definitiva, le narrazioni processuali si contraddistinguono per un carattere autoritativo e normativo, del tutto assente alle narrazioni letterarie e alle narrazioni storiche.

le nozioni scientifiche nei processi, che può tradursi nei fenomeni dei “concetti giuridici scientificamente porosi” – si pensi all’idea di causalità nel diritto penale – e, soprattutto, delle cosiddette “norme opache”, di norme, cioè, che facendo riferimento a nozioni scientifiche complesse, obbligano il giudice, che voglia applicarle, ad affidarsi al parere di esperti scientifici¹².

Ora, nonostante l’impiego massiccio delle nozioni scientifiche nei processi, va da subito affermato che l’attività giudiziale rimane indipendente dai saperi specialistici¹³. Ed è un’indipendenza che la giurisprudenza ha configurato in maniera sempre più dettagliata. Detto più chiaramente, l’elemento normativo non solo non rimane indifferente rispetto all’ingresso dei saperi scientifici nel processo, bensì ne ha circoscritto l’ambito di operatività.

Sono note le sentenze che hanno affermato la necessità di una soggezione dei saperi specialistici ai principi processuali. La prima pronuncia è quella relativa al caso Frye del 1923 della Corte d’appello del distretto di Columbia, in cui si trattava dell’ammissibilità della macchina della verità nel processo, sotto il presupposto che una falsa testimonianza avrebbe causato un aumento della pressione arteriosa del teste. Il principio scientifico alla base dell’ingresso di questa metodologia scientifica partiva dall’idea che la menzogna, implicando uno sforzo cosciente, si sarebbe tramutato in uno stato ipertensivo. La Corte sentenziò nel merito che solo teorie o metodologie scientifiche consolidate e approvate dalla comunità scientifica, e non *ad hoc* prodotte, potrebbero essere utilizzate in un processo¹⁴.

Il criterio stabilito nel caso Frye non subisce modifiche fino alla metà degli anni 70, quando se ne contesta la rigidità, non tenendo conto dell’emergere di discipline intermedie tra le scienze esatte e le pseudoscienze. Se finora si parlava di criterio scientifico, nel tempo si è cominciato a parlare di criterio specialistico, che è più ampio di quello scientifico, includendovi anche cognizioni pratiche non scientificamente codificate.

Si arriva, così, nel 1975, sempre negli Stati Uniti, all’emanazione delle *Federal Rules of Evidence*, tra cui quella più rilevante, la 702, introduce le seguenti modifiche. Ai fini probatori, si comincia a parlare di “testimone esperto”, disciplinandone l’ammissibilità nel processo, cioè di un perito che non è più solo colui che possiede cognizioni scientifiche, ma che può fornire dati pro-

¹² Sulle norme opache, cfr. CANALE, *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in Riv. fil. dir., numero speciale 2015, 111 ss.

¹³ In generale, su posizioni scettiche sul mito del progresso scientifico, cfr. FEYERABEND, *Contro il metodo*, a cura di Giorello, Milano, 2013, 95, 240.

¹⁴ Cfr. CARLIZZI, TUZET, *La valutazione del sapere specialistico tra requisiti di affidabilità e oneri probatori*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 87 ss.

cessualmente rilevanti per esperienza, abilità, addestramento, ecc.

A metà degli anni '90, si hanno ulteriori modifiche e precisazioni da parte del legislatore federale, oltre che dalla Corte suprema. Nel 1993, la sentenza Daubert - caso di responsabilità extracontrattuale, in cui i coniugi Daubert erano ricorsi in tribunale contro la casa farmaceutica che produceva il Bendedtin, farmaco che, assunto in gravidanza, avrebbe prodotto danni al feto, a parere dei ricorrenti - precisa che l'utilità probatoria, sottolineata nel 1975, non è più sufficiente, ma che è altresì necessario il requisito dell' "affidabilità" della testimonianza secondo indici come l'accettazione della teoria o della metodologia in senso alla comunità degli specialisti, la *peer-review* (valutazione tra pari) della teoria scientifica utilizzata nel processo, il margine di errore più o meno basso della medesima e, infine, il non essere stata prodotta *ad hoc* nel processo, ma che sia già nota prima dell'inizio del medesimo¹⁵.

Nel 1999, infine, la sentenza Kumho Tire puntualizza che l'affidabilità delle teorie e dei metodi deve risultare non solo in astratto, ma anche nella fase della loro applicazione.

Sulla scia di queste precisazioni giurisprudenziali, si arriva nel 2000 alla riforma della *Federal Rules of Evidence 702* da parte del legislatore federale che accoglie le precisazioni addotte dalla Corte suprema nelle sentenze richiamate. Infine, nel 2011, il legislatore federale riassume le precisazioni addotte dalla Corte suprema sottolineando la necessità dell'utilità probatoria delle informazioni specialistiche, la consistenza della base empirica di queste ultime, nonché l'affidabilità in astratto e in fase di applicazione di questi principi e metodi scientifici.

Questo per quanto riguarda l'esperienza statunitense, alla quale anche quella italiana si allinea a grandi linee. Due le sentenze più rilevanti e ampiamente note. In primo luogo, la sentenza Cozzini del 2010 pronunciata dalla Corte di cassazione, relativa alle morti per amianto e alla procedibilità verso dirigenti aziendali che avevano omesso di adottare misure di salvaguardia per la salute degli operai che lavoravano a contatto con tale tipo di materiale.

Dal punto di vista soggettivo, si sottolinea il fatto che il perito debba essere un'autorità indiscussa e riconosciuta in un ambito particolare¹⁶. Inoltre, si asserisce il requisito dell'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca: non sarebbero indipendenti esperti chiamati a testimoniare che avrebbero lavorato per le imprese citate nel processo. Dal punto di vista oggettivo, invece, rile-

¹⁵ Cfr. HAACK, *Truth and Justice, Inquiry and Advocacy, Science and Law*, in *Ratio Iuris*, 2004, 17, 20 ss.; TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., 61-63.

¹⁶ *Ivi*, 102 ss.

vano l'ampiezza della ricerca, la rigosità della medesima come il rispetto delle regole minime di razionalità epistemiche, l'oggettività nel senso di una esperienza intersoggettivamente condivisa, il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi, il consenso che la tesi gode in senso alla comunità scientifica.

Riassumendo: da quanto appena succintamente richiamato, emerge che il giudice, essendo privo di cognizione scientifiche, non può sostituirsi ai periti. Nemmeno auspicabile, però, sarebbe il modello opposto di un giudice totalmente passivo rispetto alle cognizioni scientifiche. Piuttosto, si tratta di una posizione intermedia, che vede il giudice limitarsi solo al controllo delle condizioni epistemiche di applicabilità delle cognizioni scientifiche nella ricostruzione probatoria¹⁷.

Ora, in quanto precede, che è relativo a quei dati fattuali suscettibili di qualificazione mediante teorie e metodologie scientifiche, si è osservato come il momento normativo non rimanga inerte, bensì disciplini il dato fattuale suscettibile di copertura nomologica. Nel processo, però, ci sono fatti che vanno ricostruiti pur in mancanza di copertura sotto leggi scientifiche. Ed è qui che è opportuno passare all'analisi di quella particolare inferenza, che è l'abduzione.

4. *Abduzione e ottimizzazione.* La sussunzione sotto leggi scientifiche non copre la totalità dei dati empirici. Se Tizio preme il grilletto uccidendo Caio, la legge scientifica del moto parabolico spiega come il proiettile sia partito dalla pistola di Tizio andando a conficcarsi nel corpo di Caio. Non spiega però, se il colpo sia stato esploso dolosamente con l'intenzione di uccidere o colposamente per semplice imperizia nel maneggiare le armi. Ora, in questa porzione di realtà fattuale priva di copertura nomologica, la ricostruzione probatoria dei fatti va compiuta a partire da una combinazione di inferenze, che trova nell'abduzione la migliore possibilità di spiegazione¹⁸.

La ricostruzione probatoria muove dai dati fattuali, quali indizi e prove, per

¹⁷ *Ivi*, 113.

¹⁸ Nello specifico, sarebbe opportuno distinguere i fatti oggetto della ricostruzione probatoria in "fatti giuridicamente rilevanti" e "fatti giuridicamente non rilevanti". Il premere il grilletto da parte di Tizio rappresenta un fatto giuridicamente rilevante, in quanto Tizio può aver compiuto quel gesto per colpa o del dolo, concetti di indubbia natura normativa. Al contrario, la penetrazione del proiettile dalla pistola nel corpo di Caio, con morte sopravvenuta, rappresenta un fatto giuridicamente non rilevante, essendo un evento del tutto spiegabile mediante ricorso alle leggi della scienza naturale. Sul concetto di fatto in generale e sulla distinzione tra fatti giuridici e fatti non giuridici, cfr. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 15-21.

giungere alla conclusione che costituisce l'ipotesi esplicativa del caso in questione. Nella ricostruzione processuale di fatti si possono distinguere due movimenti. Il primo va dalle prove all'ipotesi esplicativa dei dati in questione. Il secondo movimento, all'opposto, va dall'ipotesi ai fatti noti al fine di controllare l'attendibilità dell'ipotesi esplicativa formulata.

In merito al primo tipo di movimento, nell'esplicazione di ipotesi a partire da indizi e prove, è difficile, ma non raro, che le inferenze siano costituite da deduzioni. Nel complesso, il modello nomologico-deduttivo in sede di formulazione dell'ipotesi a partire da indizi e prove appare insufficiente per più ragioni. In primo luogo, i casi giuridici da risolvere sono sempre casi individuali in cui le leggi scientifiche di copertura - presupposto per l'applicazione delle inferenze deduttive - riescono a spiegare solo alcuni aspetti del caso medesimo. Nell'evenienza di un omicidio, partendo dalla legge fisica del moto parabolico dei proiettili, si può stabilire il punto in cui l'omicida ha sparato, ma non certo chi e perché ha sparato, cosa che compete al *detective* e al giudice.

Inoltre, tante leggi scientifiche hanno natura probabilistica, e, pertanto, non sono infallibili. La prova del DNA, com'è noto, non giustifica il 100% dei casi, attestandosi su una soglia leggermente inferiore, anche se di fatto è impossibile opporsi ai risultati di un suo impiego processuale. Ne segue che l'applicazione indiscriminata e non controllata di tali leggi potrebbe avere riflessi antigarantistici, soprattutto in campo penale, dove si potrebbe condannare un innocente sulla base di leggi scientifiche ancora lontane dalla certezza matematica¹⁹.

Piuttosto, la formulazione dell'ipotesi esplicativa di un caso seguirà un'inferenza di tipo "abduttivo", che rimane così il tipo di ragionamento che meglio si confà all'attività probatoria. Tralasciamolo un attimo prima di ritornarci su.

Per quanto attiene alle inferenze induttive, c'è da dire che esse restano, piuttosto, in secondo piano, formulando premesse poi utilizzate negli altri tipi di inferenza. Riguardo alle inferenze deduttive, invece, esse rilevano soprattutto nella successiva fase di controllo delle ipotesi abduttivamente formulate. Così, ad esempio, formulata un'ipotesi esplicativa, potrà usarsi, per testare tale ipotesi, l'argomento logico-deduttivo del *Modus tollens* (se c'è A, allora c'è anche

¹⁹ Ci sono, poi, fenomeni che possono essere spiegati senza ricorrere a leggi scientifiche generali di copertura ("singolarismo causale"). Infine, si sono verificati casi in giudizio in cui le leggi statistiche non hanno trovato applicazione immediata, se non dopo essere state integrate da considerazioni meramente logiche e, soprattutto, dalla presa in considerazione delle circostanze irripetibili del caso concreto, come recita la sentenza relativa al caso Franzese. Sul punto, cfr. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, 224-227.

B. Poiché, però, non c'è B, di conseguenza non c'è nemmeno A)²⁰, come succede nel caso dell'alibi²¹.

Tornando all'abduzione, è opportuno sottolineare come la migliore delle spiegazioni possibili non coincida sempre con l'ipotesi più probabile. Può succedere che l'ipotesi più probabile tra quelle formulabili sulla base di indizi e prove non sia la migliore perché tralascia qualche elemento dotato di alto valore predittivo. Può succedere anche l'inverso, cioè che i singoli elementi probatori disponibili siano caratterizzati da bassa probabilità, eppure l'ipotesi esplicativa nel complesso abbia una probabilità maggiore delle probabilità (basse) dei singoli fattori in gioco. Come pure, può succedere, infine, che, sulla base dei dati disponibili, siano formulabili più ipotesi ugualmente bene esplicative, tra le quali andrebbe scelta quella che meglio risponde ai valori dell'ordinamento²².

Questa pluralità di tipi di ragionamenti alla base dell'inferenza abduttiva sembrerebbe inseguire una logica unitaria, appunto quella della migliore spiegazione dei fattori in gioco²³. Qui, però, pur affermando la priorità dell'inferenza abduttiva su altri tipi di inferenze, si nega il carattere prettamente logico di tale tipo di inferenza, che, invece, pare oscillare tra una fase psicologica ed una più propriamente logica. Partendo dalla distinzione husserliana tra atti a natura psicologica e oggetti degli atti che hanno natura logico-eidetica²⁴, l'inferenza della migliore spiegazione, essendo il colpo d'occhio del giudice a partire da indizi e prove, sarebbe sia l'atto della coscienza che formula l'ipotesi esplicativa, sia l'insieme delle componenti logiche implicite nell'atto stesso²⁵. In tal modo intesa, l'inferenza abduttiva non andrebbe intesa come una figura logica indipendente.

Accanto a questa prima sottolineatura, qui si avanza un'ulteriore tesi, già prima anticipata. Il processo abduttivo andrebbe subordinato alla logica

²⁰ Sia dia il caso che Tizio sia accusato dell'omicidio di Caio. Se Tizio avesse ucciso Caio, dovrebbero essere state trovate particelle di polvere da sparo sul corpo di Tizio. Poiché, però, non è stata trovata polvere da sparo sul corpo di Tizio, ne segue che Tizio non può essere l'assassino di Caio. Così, cadrebbe l'ipotesi esplicativa originaria.

²¹ Cfr. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012, 164-165.

²² Sui rapporti tra le probabilità delle prove e la probabilità delle ipotesi esplicative nel teorema di Bayes, cfr. ANTONIO MURA, ALBERTO MURA, *Probabilità e prova penale. Profili epistemologici nel contesto giurisprudenziale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 258 ss.

²³ Qui si assume la tesi della Sagnotti, che in *Id.*, *La filosofia del diritto processuale. Saggi di logica e argomentazione*, cit., 43-44, avanza l'idea dell'abduzione quale logica unitaria della ricostruzione probatoria, che renderebbe possibile sia la deduzione sia l'induzione.

²⁴ Cfr. HUSSERL, *Ricerche logiche*, 2 Voll., a cura di Piana, Milano 2005, I, 167 ss.

²⁵ Sulla riduzione della componente logica dell'abduzione alla fallacia del conseguente, cfr. SAGNOTTI *La filosofia del diritto processuale. Saggi di logica e argomentazione*, cit., 45.

dell'“ottimizzazione” per via della forza espansiva che i principi – e i valori implementati dai principi – esercitano sulle componenti strettamente normative e fattuali del ragionamento giudiziario. Partendo dai presupposti istituzionali prima esplicitati, la ricostruzione probatoria dei fatti rientrerebbe in senso lato nell'inferenza logica della sussunzione. A sua volta, però, la sussunzione, che è relativa al piano delle norme, verrebbe guidata e condizionata dalla logica dell'ottimizzazione che fa da mediazione tra il piano dei principi e quello delle regole. L'ottimizzazione normativa dei principi, pertanto, condizionerebbe la sussunzione, a sua volta, condizione della ricostruzione abduttiva dei fatti in giudizio²⁶. Infine, se poi si pensa al fatto che i principi sono olisticamente strutturati all'interno degli istituti, non sarebbe forzato sostenere la tesi per cui l'abduzione, da ultimo, andrebbe a radicarsi negli istituti che ne orienterebbero e ne condizionerebbe il movimento argomentativo.

Sia per gli elementi fattuali classificati sotto leggi scientifiche sia per gli elementi fattuali privi di tale copertura ma abduttivamente ricostruibili, il fattore giuridico rimane fondamentale prima come disciplina per l'ammissibilità e la valutazione dei saperi specialistici, poi come ottimizzazione normativa dei sottoprincipi istituzionali che condizionerebbe distortendo la ricostruzione abduttiva dei fatti. Il normativo condiziona non solo l'ingresso dei saperi specialistici e, di conseguenza, la qualificazione dei fatti mediante leggi scientifiche; esso condiziona anche la ricostruzione abduttiva dei fatti nella misura in cui è l'ottimizzazione normativa dei principi degli istituti a influenzare la ricostruzione probatoria dei fatti.

Da ultimo, proprio perché la ricostruzione abduttiva dei fatti guidata dalla logica espansiva e ottimizzante dei sottoprincipi istituzionali potrebbe portare potenzialmente alla collisione con altri principi e istituti dell'ordinamento, ne segue l'esigenza di un controllo epistemico di tale attività probatoria.

5. Abduzione e garantismo: dalla filosofia della prova alla teoria dell'argomentazione giuridica. La tesi appena presentata dell'abduzione quale processo combinato psichico-argomentativo condizionato dalla logica dell'ottimizzazione va ricollocata all'interno del problema più generale del rapporto tra verità materiale e verità processuale.

Le ragioni della verità materiale consistono, innanzitutto, nella ovvia esigenza di tutela dei diritti: essere condannati, sia in sede civile sia in sede penale, sul-

²⁶ Per la tesi contraria, cioè che la ricostruzione probatoria dei fatti non sarebbe condizionata dal momento assiologico, cfr. PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 45.

la base di una falsa ricostruzione dei fatti in giudizio certamente non è un evento desiderabile. Inoltre, la ricerca della verità materiale consentirebbe di rispondere anche all'annoso problema della legittimazione democratica dei giudici, tendenzialmente privi, negli ordinamenti liberali occidentali, di mandato popolare. Quanto più corretta è la ricostruzione dei fatti in giudizio, tanto più precisa sarà la sussunzione del caso concreto nella fattispecie normativa astratta, con la duplice conseguenza che, da un lato, diminuirebbe l'arbitrio giudiziale, dall'altro, diventerebbe più forte anche la legittimazione democratica dei giudici perché meglio subordinati alla legge del Parlamento democraticamente eletto²⁷.

Questo, però, è solo un primo passo. Paradossalmente nel processo, soprattutto penale, le esigenze garantistiche degli ordinamenti contemporanei sarebbero meglio tutelate dalla "verità processuale", rispetto a cui, la "verità materiale" rimarrebbe un ideale regolativo. Per la tutela dei diritti, sarebbe più funzionale il livello della verità processuale, essendo quella materiale piuttosto l'esito di impostazioni sostanzialistiche del diritto penale dagli esiti tutt'altro che garantistici²⁸. La verità processuale sarebbe più rispettosa dei diritti degli individui trattandosi di una verità rivedibile e aperta, cui si arriverebbe sulla base di tesi accusatorie normativamente e proceduralmente circoscritte²⁹.

Ora, le esigenze garantistiche, per quanto totalmente condivisibili, sono postulati espressi sul piano prescrittivo. Ciò non impedisce, dal lato descrittivo, di registrare una logica ancora più profonda, quale quella della ricostruzione abduttiva, non sempre rispondente all'esigenza della tutela dei diritti, in quanto potenzialmente espressione dei diversi valori costituzionalmente accolti. Potrebbe, infatti, succedere che la ricostruzione abduttiva dei fatti rischierebbe di subordinare l'accertamento probatorio a "esigenze di sistema" non sempre coincidenti, anzi a volte in netto contrasto, con quelle garantistiche.

Proprio per evitare questo rischio, il ragionamento abduttivo andrebbe fatto oggetto non solo di una filosofia della prova, quanto soprattutto di una teoria dell'argomentazione giuridica³⁰. Anzi, sarebbe opportuno contestualizzare la filosofia della prova all'interno di una riflessione filosofico-giuridica più am-

²⁷ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 6-7, 71 ss.; PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 40-41

²⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 17.

²⁹ *Id.*, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in *Riv. fil. dir.*, 1, (2015), 48. In caso di dubbi interpretativi, per quanto attiene al lato normativo del principio di stretta legalità, Ferrajoli parla di "verità giuridica" da ottenersi previa corretta interpretazione delle norme e, in caso di disaccordo persistente, ricorrendo alle gerarchie assiologiche insite nel testo costituzionale.

³⁰ Cfr. PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 50.

pia. A tal fine, pare utile velocemente indagare, in primo luogo, se una filosofia della prova, qui sviluppata nella forma dell'analisi del processo abduttivo, possa ambire a diventare una teoria generale del diritto processuale e, in secondo luogo, se una filosofia della prova possa diventare una teoria dell'argomentazione giuridica.

In merito al primo punto, qui sembrano implausibili quei tentativi di ridurre la teoria generale del diritto ad analisi logica metalinguistica o a "metagiurisprudenza" della dogmatica³¹, intendendo per "metagiurisprudenza" della dogmatica non tanto la teoria generale del diritto in senso ampio, bensì le teorie generali di aree settoriali quali la teoria generale del diritto penale o la teoria generale del diritto costituzionale³². Si tratterebbe di una riduzione ridondante nella misura in cui le singole aree disciplinari sarebbero già aree teorico-generaliste. Le singole aree disciplinari andrebbero considerate non come qualitativamente separate, bensì come l'approfondimento quantitativo della corrispondente categoria teorico-generale³³. Di conseguenza, la teoria generale del diritto privato sarebbe già dogmatica del diritto privato; la teoria generale del diritto amministrativo sarebbe già dogmatica del diritto amministrativo e, pertanto, la filosofia della prova sarebbe non già metagiurisprudenza del diritto processuale, bensì dogmatica del diritto processuale.

Per quanto attiene, invece, alla questione se una filosofia della prova possa ambire a diventare una teoria dell'argomentazione giuridica, la risposta è chiaramente negativa per le seguenti ragioni:

- 1) la filosofia della prova si limita al tema della ricostruzione processuale dei fatti tralasciando quello che è il momento decisivo dell'attività giudiziale, cioè la qualificazione giuridica e l'interpretazione normativa;
- 2) la filosofia della prova è relativa all'attività del giudice laddove una teoria dell'argomentazione giuridica generale si rivolge non solo al giudice, ma anche al legislatore, all'avvocato e ai titolari degli organi amministrativi nonché ai privati cittadini;
- 3) infine, una teoria dell'argomentazione giuridica generale si connette a tematiche di più ampio respiro mutate sia dalla teoria generale del diritto sia

³¹ Ad esempio, se la dogmatica costituzionale parla genericamente di gerarchie, la teoria generale come metalinguaggio della dogmatica distinguerebbe tra gerarchie formali, assiologiche, materiali e linguistiche. Cfr. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Modena, 2012, 71-77.

³² È la tesi di Tarello e Guastini di ridurre la teoria generale a metalinguaggio della dogmatica nella forma di una teoria generale del diritto costituzionale o di una teoria generale del diritto privato. Sul punto, *ivi*, 36-41, 57-59.

³³ Cfr. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, cit., 17-20.

da tematiche classiche della filosofia del diritto, questioni tutte che rischiano di rimanere tangenziali ad una filosofia della prova.

Proprio per questi elementi di irriducibilità della filosofia della prova alla teoria dell'argomentazione giuridica, ne deriverebbe l'opportunità di radicare la prima nella seconda se si vuole che l'inferenza abduttiva possa essere effettuata senza ledere i diritti degli individui coinvolti in un processo. Solo con un processo abduttivo epistemicamente controllato, si potrebbe essere certi che l'inferenza della migliore spiegazione non entrerebbe in collisione con le esigenze del garantismo processuale e costituzionale.