

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE – PHD IN LEGAL STUDIES
Ciclo XXXI

Settore Concorsuale: 12/H

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/20

**IL GIUDICE E L'ESPERTO:
DEFERENZA EPISTEMICA E DEFERENZA SEMANTICA
NEL PROCESSO**

Presentata da

MICHELE UBERTONE

Coordinatore del Dottorato

ANDREA MORRONE

Supervisore

GIOVANNI SARTOR

Esame finale anno 2019

INDICE

INTRODUZIONE	9
CAPITOLO I: LA DEFERENZA EPISTEMICA NEL PROCESSO	15
Introduzione	15
1. Il problema dell'affidabilità degli esperti	17
1.1. Il caso Daubert.....	17
1.2. Come individuare gli esperti.....	21
2. Da un modello deferenziale a un modello educativo?	25
2.1. Modello deferenziale e modello educativo.....	25
2.2. Irrealizzabilità concreta del modello educativo.....	31
3. La divisione del lavoro epistemico	42
3.1. La crescente dipendenza dagli esperti.....	42
3.2. L'illusione di profondità esplicativa.....	44
3.3. La mente estesa.....	47
3.4. Metodo scientifico e principio d'autorità.....	49
3.5. La divisione del lavoro epistemico nell'applicazione del diritto.....	50
4. La deferenza epistemica nel processo	54
4.1. Perché il giudice non può non essere deferente.....	54
4.2. Un esempio pratico.....	61
CAPITOLO II: TESTIMONI ED ESPERTI	67
Introduzione	67
1. Le condizioni della deferenza epistemica	69
1.1. Riduzionismo e antiriduzionismo.....	70
1.2. Le condizioni della deferenza epistemica nel processo.....	73
1.3. Carattere contestuale della giustificazione epistemica.....	78
2. Due concezioni dell'esperto	84
2.1. L'esperto in civil law e common law.....	84
2.2. Fonte di prova o ausiliario del giudice?.....	86
2.3. L'esperto come fonte di prova.....	88
2.4. L'esperto come ausiliario del giudice.....	91
3. Due tipi di deferenza epistemica	94
3.1. Fatti generali e fatti particolari.....	94
3.2. Inferenza e ostensione.....	99
3.3. Due casi problematici: generalizzazioni dei testimoni ed esperti con funzione percipiente.....	102

3.4. Le condizioni della deferenza epistemica verso testimoni comuni ed esperti	105
3.5. Le nozioni di “esperto”, “inferenza tecnica” e “concetto tecnico”	109
4. La rilevanza giuridica come limite alla deferenza del giudice	114
4.1. L’expertise del giudice	114
4.2. Diritto e verità	118
4.3. Inferenze tecniche e inferenze giuridiche	125
4.4. Fallacia ad verecundiam	128
4.5. Il circuito di legittimazione delle scelte giuridiche.....	129
<i>CAPITOLO III: CONCETTI TECNICI E CONCETTI GIURIDICI.....</i>	<i>131</i>
Introduzione.....	131
1. L’intuizione degli esternisti.....	135
2. Gli argomenti degli esternisti.....	139
2.1. Il significato di “significato” secondo Hilary Putnam	140
2.2. La teoria causale del riferimento di Saul Kripke.....	145
3. L’esternismo semantico nel diritto	150
3.1. Esperimento mentale: un processo nella Terra gemella.....	150
3.2. Il realismo metafisico di Michael Moore	152
3.3. La teoria dei disaccordi di David Brink	153
3.4. Disaccordi tecnici e disaccordi giuridici.....	156
4. Obiezioni e contro-obiezioni	161
4.1. Un esternismo di paglia?	162
4.2. Uso di nozioni tecnico-scientifiche da parte del legislatore	165
4.3. Esternismo debole e catene di comunicazione kripkeane multiple.....	166
5. Concetti tecnici e concetti giuridici.....	172
<i>CAPITOLO IV: LA DEFERENZA SEMANTICA NEL PROCESSO.....</i>	<i>177</i>
Introduzione.....	177
1. L’opacità del linguaggio degli esperti.....	181
1.1. Opacità e ragionamento probatorio	181
1.2. Opacità e interpretazione	182
2. La deferenza semantica.....	185
2.1. Che cos’è la deferenza semantica.....	185
2.2. Concetti tecnici e concetti deferenziali	188
2.3. Deferenza epistemica e deferenza semantica	193
3. Due regole del discorso semanticamente deferenziale.....	194
3.1. L’obbligo di doppia deferenza	194

3.2. Il divieto di traduzione.....	199
4. La deferenza semantica nel processo.....	202
4.1. Fallacia di equivocazione e fallacia ad verecundiam.....	202
4.2. Diversità dei criteri di giustificazione epistemica nelle premesse in iure e in facto	206
4.3. Deferenza semantica rispetto a termini non contenuti nel testo di legge	209
4.4. Cause ed effetti della deferenza semantica dei giudici	211
4.5. Un esempio giurisprudenziale.....	212
4.6. La deferenza semantica come fallacia: indicazioni per il giudice (e per il programmatore di algoritmi giudiziari)	216
CONCLUSIONI.....	219
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	223

ABSTRACT

Esperti in materie diverse dal diritto stanno assumendo un ruolo sempre più importante nei sistemi giuridici contemporanei. Professionisti specializzati nelle più varie discipline (medici, ingegneri, chimici, urbanisti...) sono spesso tanto indispensabili quanto i giuristi per l'applicazione di molte disposizioni di legge. Ma come può il giudice servirsi del sapere tecnico degli esperti senza che questi usurpino il suo ruolo decisorio? Per essere razionale il giudice dovrebbe capire la deposizione dell'esperto prima di potersene servire? E se sì in che misura? Deve *essere educato* dall'esperto e acquisire da lui gli strumenti concettuali per risolvere il caso o può, a determinate condizioni, semplicemente *affidarsi* alla sua autorevolezza accettando con deferenza le conclusioni da lui presentate? Questo lavoro tenta di dare un contributo alla discussione di questi problemi, introducendo una distinzione concettuale generalmente trascurata dalla letteratura in materia: la distinzione tra *deferenza epistemica* e la *deferenza semantica*. "Affidarci all'autorità degli esperti" può significare due cose diverse: condizionare alla loro testimonianza il nostro impegno alla verità di proposizioni determinate (deferenza epistemica) o deferire loro anche la determinazione del contenuto proposizionale al quale ci impegniamo (deferenza semantica). Mentre la deferenza epistemica è una caratteristica ineliminabile del rapporto fisiologico tra giudici ed esperti (i giudici hanno bisogno di testimoni ed esperti nel processo proprio perché compiuto un certo vaglio di credibilità possano essere epistemicamente deferenti nei loro confronti), la deferenza semantica non lo è. Se il giudice è semanticamente deferente perde il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto e sarà portato a commettere errori di ragionamento che rischiano di minare l'integrità epistemica del processo.

INTRODUZIONE

Il diritto è una scienza intermedia tra la metafisica e il bricolage.

M.Z., Avvocato dello Stato

L'idea iniziale alla base di questo lavoro l'ho avuta durante la mia molto limitata attività forense. Prima di sostenere l'esame di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, ho fatto pratica per un paio di anni all'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bologna. Uno dei primi atti di cui mi ero dovuto occupare era una comparsa in un processo che riguardava un appalto. Noi difendevamo il Ministero dei Trasporti, committente convenuto, contro una certa società di costruzioni, appaltatore attore. Questi, più o meno, i fatti: la società vince una gara d'appalto per la costruzione di un "molo foraneo". Durante i lavori, una tempesta si abbatte sul cantiere, rovina alcuni dei materiali necessari per la lavorazione e distrugge una parte del molo già realizzata. Ciò naturalmente aumenta i costi di costruzione inizialmente preventivati. Finiti i lavori, la società, che nel frattempo è fallita, agisce in giudizio per ottenere un indennizzo di circa mezzo milione di euro. Sostiene che in base all'articolo 1664 del codice civile, l'aumento dei costi di costruzione dovuti a "*difficoltà di esecuzione*" deve gravare sul Ministero.

L'avvocato dello stato mio *dominus* è sicuro che abbiamo ragione noi: l'articolo che disciplina il caso che si è verificato non è il 1664, sulle difficoltà di esecuzione, ma il 1673, che riguarda il perimento e deterioramento della cosa e che fa gravare il rischio di quest'ultimo sull'appaltatore. La nostra posizione è però complicata da un fatto. Il rapporto tra il Ministero e la società non è disciplinato solo dal codice civile ma anche dal dettagliatissimo capitolato speciale che fa parte integrante del contratto d'appalto e che contiene specifiche tecniche per la costruzione del molo. Il capitolato è scritto in un italiano estremamente involuto e tendenzialmente comprensibile solo a chi sia un ingegnere edile o a chi abbia voglia di cercare su *Wikipedia* almeno un paio di parole ogni paragrafo. Il giudice – osserva il mio mentore – non appartiene né alla prima né alla seconda categoria. Questo è un grosso problema per il Ministero, perché il C.T.U. nominato per accertare "l'esecuzione a regola d'arte dell'appalto" ha presentato una relazione tecnica totalmente favorevole alla società di costruzioni e sfavorevole al Ministero. La lettura della relazione del C.T.U. è difficoltosa, ma se la si studia attentamente ci si rende conto di una cosa. Il C.T.U. fa le sue valutazioni muovendo da presupposti giuridici sbagliati, violando i principi previsti dal codice civile per l'interpretazione dei contratti e in alcuni casi addirittura sostituendo le sue opinioni personali alle scelte tecniche approvate dal Ministero, che in

base al codice civile hanno forza di legge tra le parti. Ma – spiega l’avvocato consegnandomi il fascicolo – non sarà facile convincerne il giudice: è probabile che qualsiasi cosa diciamo, il giudice si rifaccia alla relazione del C.T.U..

In questa vicenda, ho riconosciuto per la prima volta il profilo di un problema teorico interessante che avrei ritrovato anche in altre controversie successive. La relazione conteneva un errore giuridico, non un errore tecnico. Eppure questo errore rischiava di essere in qualche modo nascosto agli occhi del giudice. Il giudice avrebbe considerato “l’esecuzione a regola d’arte dell’appalto” come un problema di fatto, puramente ingegneristico, e si sarebbe accontentato dell’opinione del C.T.U. per considerarlo risolto. La consulenza tecnica diventava così una zona d’ombra, un punto cieco del processo, sottratto al controllo di legalità.

Altro esempio, tratto da una causa di cui mi sarei occupato qualche mese dopo: una società agricola si vede revocare certi benefici economici previsti per le aziende che seguono i metodi dell’agricoltura biologica. L’azienda avrebbe tenuto una condotta incompatibile con l’erogazione di questi fondi per aver utilizzato, in violazione della legge regionale dell’Emilia Romagna 35/1998, un certo farmaco nel corso della “fioritura” del pesco. Si difende sostenendo che la fioritura non era ancora iniziata al momento dell’uso del farmaco: nel pesco, la fase dei “bottoni rosa” non è ancora “fioritura”. Il nocciolo della questione è l’estensione concettuale della nozione di “fioritura” nell’ambito di quella legge regionale: è una questione di puro diritto, ma il giudice è portato a considerarla come una questione di fatto. Dai registri tecnici aventi valore di atto pubblico, facenti piena prova fino a querela di falso, il trattamento risulta compiuto nella “fase di inizio fioritura” e tanto basta per considerare la questione risolta. Il giudice non interpreterà il concetto di fioritura secondo i tradizionali canoni dell’ermeneutica giuridica – per esempio alla luce della *ratio legis*, che dalla lettura della legge risulta chiaramente essere la protezione delle api da sostanze per loro nocive – ma si limiterà a considerare “fioritura” qualsiasi cosa un botanico competente abbia chiamato in questo modo.

Altro esempio: nel corso del terremoto dell’Emilia, un sindaco emette un’ordinanza contingibile urgente per la demolizione *ad horas* di un edificio considerato pericolante. Un’azienda che aveva i suoi magazzini nell’edificio e che ha subito notevoli danni sostiene che il “rischio” di nuove scosse non giustificava l’ordinanza: mancano i presupposti di urgenza del provvedimento. Nel corso della controversia, non risulta chiaro in che misura la valutazione del rischio debba essere delegata a un sismologo o invece richieda anche delle valutazioni giuridiche.

Finita la pratica, già con una mezza idea di iscrivermi a un corso di dottorato, ho deciso di tentare di mettere a fuoco il problema sotteso a questi casi scrivendo un breve articolo. In quell'articolo, che poi avrei pubblicato sulla rivista *Biodiritto*, non mi occupo né di appalti, né di agricoltura biologica né di terremoti, ma tento di prendere in considerazione lo stesso tipo di confusione tra questioni di fatto e questioni di diritto che avevo osservato durante la pratica in relazione ad un tema diverso: l'accertamento dell'evento malattia nel reato di lesioni. Sostengo che la nozione di malattia rilevante per il diritto non necessariamente coincide con quella accreditata da un medico, per quanto competente. Certamente, può essere necessario un medico per stabilire se un'azione abbia o meno causato una certa alterazione delle condizioni fisiche di una persona, accertamento che tipicamente è richiesto in un processo per lesioni. Tuttavia, la questione se tale alterazione debba essere considerata quale "malattia" nell'ambito del processo non è una questione di fatto, è una questione di diritto. Non dipende di per sé dalla biologia umana, ma dal significato che deve essere ascrivito all'articolo 582 del codice penale. Per esempio, non si può chiedere alla scienza medica di risolvere il problema concettuale che attiene alla qualificazione di un trattamento terapeutico che migliora la qualità della vita del paziente, ma rischia di ridurne la durata. Se questo trattamento debba considerarsi *lesivo* o migliorativo della salute del paziente (una volta chiarito cosa di fatto accade organicamente al corpo del soggetto) è problema solo apparentemente empirico, ma in realtà etico o – se la domanda viene posta ai fini dell'applicazione di una norma di legge – un problema giuridico.

Iniziato il dottorato, ho deciso di affrontare lo stesso argomento più seriamente e più in generale. Il risultato è questo lavoro, che riguarda il rapporto epistemico intercorrente tra giudici ed esperti nell'applicazione di norme giuridiche. L'esperto deve limitarsi a educare il giudice per metterlo nelle condizioni di esprimere un giudizio autonomo sui fatti di causa o può sostituirsi a lui nel compimento del giudizio di fatto? E il giudice deve sempre capire il ragionamento dell'esperto se su di esso fonda la sua sentenza o può accettarlo in base a un principio d'autorità? Ho cercato di dare un mio contributo a questo dibattito, introducendo una distinzione finora generalmente trascurata dalla letteratura rilevante: la distinzione tra *deferenza epistemica* e *deferenza semantica*.

Il giudice non può non essere *epistemicamente* deferente verso gli esperti se vuole trarre vantaggio dal loro intervento sulla scena processuale: superato un certo vaglio di credibilità, che varierà caso per caso, dovrà per forza essere disposto a credere all'esperto sulla parola (proprio come fa con i testimoni comuni). Se però il giudice è *semanticamente* deferente, se cioè delega all'esperto il compito di individuare l'estensione di concetti chiave che confluiscono nel suo ragionamento giuridico, sorge un grosso problema. Il giudice perde il controllo sulla rilevanza giuridica

dell'accertamento compiuto. Credo che finora questo problema sia stato trattato in modo insufficiente dalla teoria del diritto.

Nel tentativo di esplorare questo tema, ho contratto molti debiti, intellettuali e non, di cui è bene che dia brevemente conto in questa sede, con opportuni ringraziamenti. Anzitutto ringrazio Corrado Roversi, che mi ha seguito in questo lavoro fin dall'inizio e che mi ha aiutato a trovare gli strumenti filosofici che mi mancavano per dare una ricostruzione adeguata dei temi di cui mi sono occupato. Corrado è stato la mia guida durante tutto il mio percorso di dottorato e mi ha aiutato in moltissimi modi a rendere questa esperienza positiva e la mia tesi presentabile. Insieme a Corrado, ringrazio tutte le altre persone del Cirsfid che giorno per giorno mi hanno stimolato con spunti e riflessioni interessanti. Tra questi Alberto Artosi, che mi ospita nella sua stanza, sopporta il mio disordine e ogni giorno mi insegna qualcosa di nuovo e Giorgio Bongiovanni, che sopporta la mia avversione per le cravatte e che mi ha consigliato la lettura di alcuni libri e articoli (Haack, Canale, Tuzet) cruciali per la comprensione dei temi di cui mi sono occupato. Un grazie anche a tutti i membri del gruppo di discussione di filosofia e diritto del Cirsfid. Inoltre ringrazio tutto il gruppo di ricerca di Jordi Ferrer che mi ha accolto durante il mio primo soggiorno all'estero, all'Università di Girona. Tra gli spagnoli, un grazie particolare a Lorena Ramírez, Carmen Vázquez e Jordi stesso, i cui consigli e le cui opere sono stati fondamentali per dare forma ad alcuni passaggi di questa tesi; nonché Diego Dei Vecchi, Diego Papayannis, Lucila Fernández, Pablo Rapetti per le tante utili conversazioni gironine (e nel caso di Pablo anche oxoniane). Ringrazio anche Timothy Endicott, che mi ha seguito durante il mio secondo soggiorno all'estero, all'Università di Oxford, che ha letto e corretto un testo poi confluito nella tesi e che in più occasioni con grande generosità mi ha dedicato il suo tempo. Ringrazio anche tutte le altre persone che hanno reso stimolante la mia permanenza in Inghilterra: Nicos Stavropoulos, per avermi accolto nel suo studio e aver discusso con me le sue ragioni a sostegno l'esternismo semantico; Leslie Green, per avermi fatto assistere alle sue lezioni su Kelsen e Hart; Elizabeth Fisher, per avermi spiegato il ruolo degli esperti nell'ambito del diritto ambientale. Ringrazio la psicologa Fiorella Giusberti e gli psichiatri Diana De Ronchi e Giovanni Camerini, che mi hanno raccontato le loro esperienze come periti o consulenti tecnici e mi hanno dato un aiuto nel comprendere dall'interno l'attività dell'esperto in concrete vicende giudiziarie. Grazie anche a Giovanni Boniolo, Giorgio Volpe, Roberto Brigati e Sebastiano Moruzzi, i filosofi puri che al di fuori del Cirsfid ho avuto modo di consultare nel corso del mio lavoro. Ringrazio Giovanni Tuzet e Damiano Canale, professori alla Bocconi di Milano, che mi hanno aiutato dall'inizio alla fine del mio percorso di dottorato. A

Damiano Canale devo un ringraziamento speciale perché nel suo articolo *Norme opache* ho trovato per la prima volta una formulazione chiara del problema di cui intendevo occuparmi.

Grazie poi a Pietro, Tommaso e Mimo.

Ringrazio infine il professor Giovanni Sartor, il mio tutor.

CAPITOLO I: LA DEFERENZA EPISTEMICA NEL PROCESSO

Introduzione

Mark Twain, nel suo famoso romanzo *A Connecticut Yankee in King Arthur's Court*, racconta la storia di Hank Morgan, un uomo del XIX secolo che si trova improvvisamente catapultato nel medioevo. Grazie alla sua conoscenza della scienza e della tecnologia, che gli consente per esempio di prevedere eclissi e fabbricare polvere da sparo, Hank viene scambiato per un mago. Che la conoscenza dell'umanità sia immensamente cresciuta dal medioevo all'epoca di Mark Twain (e a maggior ragione alla nostra) è indubitabile. Non si può dire invece che la conoscenza di ciascun individuo, singolarmente considerato, sia cresciuta altrettanto, o più precisamente: non si può dire che la conoscenza individuale sia cresciuta in modo proporzionale rispetto a quella collettiva. Oggi di sicuro si conoscono molte cose che nel medioevo non si conoscevano, come per esempio la polvere da sparo, ma quanti di noi sono effettivamente portatori diretti di queste nuove conoscenze? Pochissime persone: la verità è che pochissimi di noi, se finissero alla corte di re Artù, sarebbero capaci di fabbricare cannoni e fuochi d'artificio e verrebbero scambiati per maghi.

La conoscenza faticosamente guadagnata dall'umanità in migliaia di anni di storia che oggi ci consente di beneficiare di tecnologie un tempo inimmaginabili è disponibile alla maggior parte delle persone solo in modo indiretto. Quasi nessuno di noi sa di preciso come funziona un frigorifero o un'automobile, come è possibile vaccinarsi in modo sicuro, come il cibo che mangiamo arriva nei nostri supermercati e perché e a quali condizioni è commestibile. Tutte le innovazioni che hanno reso la società attuale molto più vivibile rispetto a quella medievale o quella preistorica sono per la maggior parte di noi esoteriche. Questo perché, in quasi tutto e in misura crescente, dipendiamo dagli esperti.

Sembra che l'evoluzione tecnologica e scientifica obbedisca alla seguente legge: più progrediscono le conoscenze disponibili ad una società nel suo complesso, minore è la percentuale di quelle conoscenze che ciascun individuo singolarmente possiede. Più la società conosce, più in essa tende ad aumentare quella che filosofi e psicologi chiamano *divisione del lavoro epistemico*. Questo principio generale ha una diretta conseguenza in ambito giuridico. Al crescere delle conoscenze specialistiche disponibili, la figura dell'esperto in materie diverse dal diritto è destinata a rivestire un ruolo sempre più importante nell'applicazione delle norme giuridiche. Ciò perché

l'applicazione del diritto a casi concreti richiede *sempre* l'impegno alla verità di determinate proposizioni e l'accertamento della verità è una questione rispetto alla quale, di anno in anno, è sempre più ragionevole fidarsi di ciò che dicono gli esperti. Non c'è da stupirsi perciò se oggi la maggior parte dei processi di una qualche rilevanza sono risolti anche sulla base di perizie e consulenze tecniche.

Nel corso del Novecento – ma soprattutto dopo gli anni novanta, a seguito del famoso caso giudiziario statunitense *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* – buona parte del dibattito sviluppatosi in materia di prova per esperti si è concentrato sul problema della loro affidabilità: quali buone ragioni può avere un soggetto non esperto in una disciplina per riconoscere un altro soggetto come esperto in quella disciplina? Come fa, in particolare, un giudice a discriminare tra affermazioni affidabili e non affidabili di specialisti in materie di cui sa poco o nulla? Quali criteri deve adottare, per esempio, per sapere chi ha ragione in una controversia in cui le perizie proposte dalle parti sono discordi? Da più parti, si è insistito sulla necessità di investire sull'educazione dei giudici in materie extragiuridiche in modo che essi siano in grado di vagliare le dichiarazioni degli esperti senza cadere in una forma di cieca deferenza¹. Il paradosso latente in questo genere di proposte è che l'esperto ha cittadinanza nel processo proprio in virtù dell'inferiorità cognitiva del giudice. Se il giudice acquisisse una conoscenza scientifica sufficiente per controllare l'effettivo fondamento delle dichiarazioni degli esperti probabilmente non avrebbe affatto bisogno del loro contributo per la comprensione dei fatti di causa. Se invece, come più realisticamente potrebbe accadere, il programma educativo proposto in ogni caso non consentisse al giudice di compiere in modo autonomo questo controllo, esso comunque non muterebbe sotto il profilo qualitativo la natura del rapporto tra il giudice e l'esperto nel processo.

La tesi di questo capitolo è che una forma di deferenza verso gli esperti è inevitabile. Al pari dei testimoni comuni, anche gli esperti sono convocati nel processo proprio perché ci sono buoni motivi per credere in ciò che dicono *solo perché sono loro a dirlo*, perché cioè ci sono buoni motivi per essere *epistemicamente deferenti* nei loro confronti. La ragione che giustifica la deferenza epistemica del giudice verso l'esperto è diversa rispetto a quella che giustifica la sua deferenza epistemica verso un testimone comune, come vedremo nel secondo capitolo. Tuttavia, in entrambi i casi il giudice tratta l'atto linguistico del dichiarante come una ragione decisiva per credere nella verità di un

¹ Per esempio, questo è stato un *Leitmotiv* delle discussioni svoltesi a Girona in occasione del recente Congresso mondiale di diritto probatorio. Cfr. in particolare Marina Gascón Abellan [2018], contributo in materia di *forensic science* presentato a quel congresso. Sul punto cfr. anche Gascón [2016].

determinato insieme di proposizioni². Il problema fondamentale non è dunque educare i giudici in modo da eliminare la loro deferenza epistemica verso gli esperti, obiettivo irrealistico e probabilmente nemmeno desiderabile, bensì individuare le condizioni che rendono questa deferenza legittima.

1. Il problema dell'affidabilità degli esperti

1.1. Il caso Daubert

David Mekdeci nasce il 22 marzo 1975, in un ospedale di Orlando in Florida. Tutte le persone presenti nella sala parto, a cominciare da sua madre, Betty, si accorgono subito che una delle due manine di David, la sinistra, ha solo tre dita. Il braccio destro è più corto del sinistro; il piccolo torace è concavo; i muscoli del petto sono malformati. Betty, una copywriter freelance di trentatré anni, qualche anno prima aveva avuto un aborto spontaneo e durante la gravidanza aveva assunto diversi medicinali. Nei primi mesi di vita di David, un dubbio la ossessiona: le sorge il sospetto che la malattia congenita che è stata diagnosticata a David, la sindrome di Poland, sia dovuta a uno di questi farmaci, un antiemetico che ha assunto, come altri milioni di donne incinte negli Stati Uniti, per prevenire la nausea mattutina [Green, 1996, pp. 1-3]. Il farmaco si chiama *Bendectin*.

Betty tenta di trovare risposta ai suoi dubbi come può, prima chiedendo ai medici, poi in biblioteca, infine rivolgendosi alla *Food and Drugs Administration* e a esperti di varie altre istituzioni. I risultati delle sue ricerche sono poco soddisfacenti: anzitutto, gli esperti le dicono che le cause di malattie congenite come quella diagnosticata a David sono per lo più ignote; inoltre, anche se si scoprisse che uno dei farmaci assunti durante la gravidanza è una potenziale fonte di effetti teratogeni, ciò comunque non sarebbe sufficiente per escludere che nel caso concreto la malattia sia stata causata da altri fattori. Ma Betty non si dà per vinta. Scrive a varie università, si consulta con ricercatori e continua, come può, a raccogliere informazioni [Green, 1996, pp. 96-98]. Due anni dopo, nel 1977, Betty e suo marito Michael, in proprio e in rappresentanza del figlio, agiscono in giudizio contro l'industria che produce il *Bendectin*, la società *Merrell*. La vicenda giudiziaria dura diversi anni e alla fine la domanda viene respinta. Quando il processo *Mekdeci* si chiude, però, sono già state intentate più di sessanta cause per risarcimento del danno contro la *Merrell*. Nel 1989, il conto sale a circa settecentocinquanta [Foster e Huber, 1999, p. 3]. Centinaia di madri raccontano tutte più o meno la

² In questo lavoro ogniqualvolta uso l'espressione "atto linguistico" me ne servo nel senso precisato in Searle [1969; 1979] e Searle e Vanderveken [1988].

stessa storia: hanno assunto il *Bendectin* durante la gravidanza e i loro figli sono nati con delle malformazioni³.

Tra queste centinaia di *Bendectin cases*, ce n'è uno che passerà alla storia e che è ricordato ancora oggi in ogni manuale di diritto processuale (non solo statunitense): il caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*. La vicenda di Jason Daubert, di San Diego, nato con solo due dita nella mano destra, è molto simile a quella di David Mekdeci e a quella di centinaia di altri bambini nati con delle malformazioni in quegli anni. In tutti questi processi riguardanti il *Bendectin*, gli attori si dovevano confrontare con un grosso problema probatorio. Non esisteva una letteratura scientifica consolidata che attestasse i possibili effetti teratogeni del farmaco. Le opinioni degli *expert witness* chiamati a deporre dalle mamme che volevano dimostrare la correlazione causale tra l'uso dell'antinausea durante la gravidanza e le malformazioni dei loro figli si fondavano su studi indipendenti, molto nuovi, e condotti *ad hoc* per dimostrare la responsabilità dell'industria farmaceutica convenuta. Si trattava, per così dire, di opinioni isolate. Per questo motivo, i giudici rigettavano sistematicamente le perizie presentate dalle difese come prove inammissibili e le giurie non potevano basarsi su di esse per decidere. La ragione di questa esclusione era lo standard per l'ammissione della prova per esperti previsto dalla *case law* allora applicabile.

Il precedente cui si faceva sempre riferimento risale agli anni venti: *Frye v. United States* [293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)], caso penale nel quale Frye, l'imputato, confessa un omicidio di secondo grado e poi ritratta. Per rendere credibile la ritrattazione, Frye richiede alla corte di sottoporsi al test del poligrafo: la cosiddetta macchina della verità. I giudici però osservano che la giuria non ha le competenze per stabilire se il test del poligrafo sia attendibile. L'attendibilità deve essere verificata *prima* che la prova sia ammessa e deve essere verificata sulla base della letteratura scientifica rilevante. Il test del poligrafo *non è generalmente riconosciuto come attendibile* dalla comunità degli psicologi⁴. Perciò, la prova deve essere dichiarata inammissibile. Per settant'anni, lo standard per

³ Per una ricostruzione della saga dei *Bendectin cases* pre-Daubert cfr. Sanders [1992].

⁴ I due passaggi più significativi della sentenza sono i seguenti. La *ratio decidendi*: "Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, *the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance* in the particular field in which it belongs" [*Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)]. L'applicazione della *ratio decidendi* al caso di specie: "We think the systolic blood pressure deception test has not yet gained such standing and scientific recognition among physiological

decretare l'ammissibilità o inammissibilità delle testimonianze degli esperti negli Stati Uniti sarà questo, il *Frye standard*: la perizia è ammissibile solo se si fonda su un metodo già generalmente accettato da parte della comunità scientifica di riferimento.

Nel caso *Daubert*, la *Merrell* presenta dinanzi alla *District Court* la testimonianza del dottor Steven Lamm, epidemiologo specializzato nella valutazione dei rischi connessi all'assunzione del farmaco in questione. Lamm, prevedibilmente, dichiara che fino a quel momento non esistono studi pubblicati che dimostrino una correlazione statistica tra l'ingestione del *Bendectin* durante la gravidanza e malformazioni della prole. Per contro, esistono trenta studi pubblicati, condotti su un totale di centotrentamila pazienti, che sembrano escludere tale correlazione. Tra questi un documento della *Food and Drugs Administration*. La famiglia *Daubert*, invece, presenta otto diversi esperti per esporre tre tipologie di nuovi studi: test *in vivo* e *in vitro* su animali, studi sulla struttura chimica del *Bendectin* che mostrano analogie con la struttura chimica di sostanze pacificamente teratogene e una rianalisi degli studi epidemiologici su umani già pubblicati. Sulla base del *Frye standard*, la Corte dichiara inammissibili le prove peritali presentate da parte attorea. La decisione è confermata in appello.

I *Daubert* però non si danno per vinti e impugnano la decisione. Il caso arriva alla Corte Suprema. I *Daubert* sostengono che il *Frye standard* è ormai superato. Dal 1975, infatti, il diritto probatorio è stato innovato dal legislatore federale. Secondo la *Rule 702* delle *Federal Rules of Evidence*:

Se una conoscenza scientifica, tecnica o comunque specialistica può aiutare il *trier of fact* [cioè, a seconda dei casi, il giudice o la giuria] a comprendere le prove o ad accertare i fatti controversi, in tale materia potrà essere ammesso a deporre, nella forma di una perizia o in altro modo, un testimone che, per la sua cultura, abilità, esperienza, preparazione o educazione, sia qualificabile come esperto [Federal Rules of Evidence, Rule 702, traduzione mia⁵].

and psychological authorities as would justify the courts in admitting expert testimony deduced from the discovery, development, and experiments thus far made" [ibidem].

⁵ Testo originale:

"If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise" [Federal Rules of Evidence, Rule 702].

La tesi dei Daubert si fonda sull'argomento *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁶. Il legislatore federale si limita a richiedere che:

- 1) chi è chiamato a deporre sia qualificabile come esperto per cultura, abilità, esperienza, preparazione o educazione;
- 2) la conoscenza di cui l'esperto è portatore possa aiutare il *trier of fact*;
- 3) tale conoscenza *sia* scientifica, tecnica o specialistica.

Il legislatore invece *non* richiede che la conoscenza sia *generalmente riconosciuta* dalla comunità scientifica. Se il legislatore avesse voluto subordinare l'ammissibilità della deposizione a questo requisito ulteriore – sostengono i Daubert – lo avrebbe scritto espressamente. Inoltre – proseguono – sarebbe paradossale considerare il requisito del riconoscimento generalizzato da parte della comunità scientifica come implicito nel punto numero 3). Una proposizione non è scientifica perché è *riconosciuta come vera* da una qualche autorità o comunità, ma solo in quanto *giustificata* dal metodo scientifico. Si tratta di un parametro oggettivo, non soggettivo. Escludere una prova che rispetta il metodo scientifico solo perché non è ancora stata avallata da fonti autorevoli sarebbe contrario sia alla legge sia ai più fondamentali presupposti delle scienze sperimentali.

La Corte Suprema accoglie queste argomentazioni ed elabora un nuovo standard. Secondo gli estensori della sentenza: le *Federal Rules of Evidence*, a differenza di *Frye*, non condizionano l'ammissione della prova all'accettazione generale da parte della comunità scientifica, ma alla sua obiettiva scientificità. Il giudice può pronunciarsi sulla scientificità della prova sulla base:

- 1) della *falsificabilità* della teoria su cui si fonda;
- 2) dell'indicazione del *margin di errore*;
- 3) della pubblicazione in riviste scientifiche con *peer review*;
e infine, come in *Frye*, anche
- 4) dell'*accettazione generale* da parte della comunità scientifica di riferimento.

L'accettazione generale insomma è solo uno dei vari parametri elencati ed è messo in ultima posizione nell'elenco. Inoltre, non è un criterio di cui bisogna tenere conto per forza: nella sentenza la Corte

⁶ La massima in genere viene associata all'argomento *a contrario*. Sull'argomento *a contrario*, cfr. Tarello [1974, p. 426] e Canale e Tuzet [2019, p. 87-94].

mette in chiaro che quelli elencati non sono requisiti che devono essere cumulativamente presenti ma semplici indici che il giudice può prendere in considerazione per accertare il valore scientifico della prova. La tesi accolta in *Daubert* fu poi riaffermata ed estesa in altri due casi: *General Electric v. Joiner* e *Kumho Tire co. v. Carmichael*⁷. Infine, nel 2000, i criteri *Daubert* vengono recepiti dal legislatore e incorporati nel testo della citata *Rule 702*.

La sentenza ha un valore storico e secondo un'opinione diffusa segna l'inizio di una nuova cultura probatoria destinata a diffondersi in tutto il mondo. Nei paesi di *civil law*, come sottolinea Taruffo [2016, p. 337], l'interazione tra giudici ed esperti diventa un tema di discussione teorica di primo piano per i processualisti solo dopo *Daubert*, e l'intero dibattito in materia, anche fuori dal contesto di *common law*, continua ancora oggi a essere in gran parte condizionato dal problema affrontato in quella sentenza statunitense. La sentenza è ancora oggi il simbolo di un problema che appare di crescente importanza in ogni sistema processuale: il problema di quando un giudice o un giurato possa legittimamente fondare il proprio convincimento sulla deposizione di un soggetto che si presenta come esperto.

1.2. Come individuare gli esperti

La vocazione fondamentale partigiana dell'esperto nei paesi di *common law* ha fin dalle origini destato l'attenzione sul tema della loro affidabilità. Ciò soprattutto perché l'esperto di *common law* si caratterizza per una forma di *bias* che Dwyer chiama *bias* strutturale. Il *bias* strutturale prescinde dalla mala fede ed è semplicemente il prodotto fisiologico di come l'*expert witness* viene normalmente selezionato nei paesi di più marcata tradizione accusatoria. Scrive Dwyer:

La parte può consultare tutti gli esperti che vuole o che si può permettere, finché non ne trova uno che supporta pienamente la sua tesi, in modo pienamente disinteressato. A causa del *litigation privilege*, la corte non viene mai a conoscenza del numero di esperti che sono stati consultati. Questo fenomeno noto come

⁷ Le domande che questi casi rispettivamente esaminano sono le seguenti. *Joiner*: quali sono i margini di discrezionalità del giudice nel decidere sull'ammissibilità di una prova in applicazione del *Daubert test* e a quali condizioni la sua decisione è impugnabile? Risposta: il giudizio è discrezionale; solo se l'abuso di discrezionalità può consentire l'impugnazione. *Kumho*: se la conoscenza sulla quale una perizia si basa non può essere riconosciuta come *scientifica* perché non supera il *Daubert standard* non potrà magari essere comunque ammessa come "conoscenza tecnica o comunque specialistica" che "può aiutare il *trier of fact*" ai sensi della *Rule 702* delle *Federal Rules of Evidence*? Risposta: no, il *Daubert standard* è un criterio di ammissibilità generale che vale per qualunque prova.

“expert shopping” si verifica in Inghilterra fin dal diciannovesimo secolo [Dwyer, 2008, p. 177, traduzione mia⁸].

La selezione del soggetto chiamato a deporre è animata da un interesse di parte piuttosto che da una genuina ricerca della verità e pone il rischio fisiologico che i pretesi esperti non siano effettivamente tali o siano esperti in discipline che sono prive di un fondamento scientifico. A quali condizioni, dunque, l’ordinamento deve consentire a giudici e giurie di credere alle affermazioni di pretesi esperti e a utilizzarle per risolvere vertenze giudiziarie?

La risposta che *Frye* dava a questo interrogativo presentava un evidente problema di circolarità: il giudice può ammettere la prova se la sua scientificità è generalmente riconosciuta dalla comunità *scientifica* di riferimento. Ma come si fa a stabilire allora quale comunità è scientifica? Il fatto che un chiromante sia riconosciuto come un esperto affidabile dalla comunità dei chiromanti, per esempio, non sembra costituire una sufficiente credenziale per ammetterlo come fonte di prova credibile.

Nel corso del Novecento, si moltiplicano i casi giudiziari in cui il criterio *Frye* e sue varianti vengono applicati con difficoltà, casi che riguardano tecnologie nuove, rispetto alle quali non è facilmente individuabile una comunità competente e di sicura affidabilità [Golan, 2004, p. 260]. Tra questi, ad esempio, varie vicende civili in tema di *mass toxic torts*: casi concernenti la richiesta di risarcimento da dovuta alla presunta tossicità di sostanze, come, per esempio, casi concernenti i tumori sviluppati dai soldati reduci della guerra in Vietnam a seguito della loro esposizione a un defoliante, il cosiddetto *Agent Orange*, impiegato per impedire ai nemici di nascondersi nella foresta [Schuck, 1986] o vicende giudiziarie legate all’asbesto [Carroll et al., 2005]. La sentenza *Daubert* tenta di dare una risposta a un’esigenza da tempo avvertita: quella di fornire al giudice dei criteri sostanziali per distinguere chi è un vero esperto da chi non lo è.

In *civil law*, il tema dell’affidabilità degli esperti, invece, è stato a lungo trascurato. Qui l’esperto tradizionalmente opera come ausiliario del giudice o consulente delle parti e non come testimone. Pertanto la sua deposizione tendenzialmente non è vista in sé come una prova di cui deve essere

⁸ Testo originale:

“The party can consult as many experts as she chooses or can afford, until she finds one who fully supports her case, free from any interest. Because of the protection provided by litigation privilege, the court will not become aware of the number of experts consulted. This phenomenon is known as “expert shopping”, and has been practiced in England since at least the middle of the nineteenth century”.

vagliata l'ammissibilità e l'attendibilità ma piuttosto come strumento aggiuntivo di cui giudici e parti si possono servire per valutare le prove. Dopo *Daubert*, però, sotto l'etichetta di "problema della prova scientifica", l'affidabilità degli esperti diventa un tema di discussione anche in *civil law*. Scrive in proposito Michele Taruffo:

[I]l problema della *scientific evidence* "esplode" a un certo momento negli Stati Uniti, [...] diventa rapidamente oggetto di un'estesa letteratura che include migliaia di articoli e dozzine di monografie, e quindi supera i confini statunitensi per diventare un problema di carattere generale, che in quanto tale sorge in qualunque ordinamento processuale. La reale origine del problema ha una data convenzionale, ossia il 1993. In quella data la Corte Suprema degli Stati Uniti torna dopo settant'anni, ossia dopo la sentenza del 1923 sul caso *Frye*, ad occuparsi dei criteri che dovrebbero essere applicati per selezionare le prove dotate di pregio "scientifico". [...] [N]on si può negare che la sentenza *Daubert* abbia determinato, non solo negli Stati Uniti, una forte tendenza a porre il problema della scientificità della prova al centro della questione generale relativa all'accertamento dei fatti che in qualunque modo abbiano una rilevanza scientifica [Taruffo, 2016, pp. 337-339].

In *civil law*, però, il problema dell'affidabilità scientifica delle dichiarazioni del perito o del consulente tecnico si declina in modo leggermente diverso rispetto a quanto accade nei paesi di *common law*. Nella tradizione processuale di *civil law*, esistono i consulenti tecnici di parte ma questi normalmente intervengono in processi dove anche il giudice si dota a sua volta di un proprio consulente. Ciò consente di celebrare una sorta di microprocesso tecnico in cui gli esperti nominati dalle parti sono gli alter ego tecnici degli avvocati e quello nominato d'ufficio è l'alter ego tecnico del giudice. Il problema prospettato dalla sentenza *Daubert* in *civil law* dunque non si pone tanto nel momento dell'*ammissione* della prova, ma in quello della *valutazione*, in cui il giudice deve decidere se la deposizione del consulente – in particolare quello nominato d'ufficio – è effettivamente affidabile oppure no⁹.

Mentre [...] spetta al giudice americano la funzione di *gatekeeper* che seleziona preventivamente le prove scientifiche che possono essere sottoposte alla giuria, il giudice di *civil law* si trova in una situazione diversa: egli seleziona preventivamente la prova scientifica nel momento in cui sceglie e nomina il consulente tecnico, possibilmente controllandone l'imparzialità e la preparazione professionale (art. 61 ss. cod. proc. civ.), e formula i quesiti ai quali il consulente deve rispondere (art. 191), ma – a differenza di quanto accade per il giudice americano – non è questo il momento fondamentale (o il solo momento) in cui

⁹ È diffusa l'opinione secondo cui, in ambito penale, in Italia, la famosa sentenza *Cozzini* [Cass. sez. IV pen. n. 43786/2010] avrebbe adottato, per regolare la valutazione della prova scientifica, press'a poco gli stessi criteri che *Daubert* aveva adottato per regolarne l'ammissione. Per una critica di questa tesi da parte dello stesso estensore della sentenza, v. Blaiotta e Carlizzi [2019, pp. 471-484].

il giudice considera il fondamento scientifico della prova. Questo momento è, invece, quello in cui il giudice, al fine di formulare la sua decisione conclusiva sui fatti, deve valutare il risultato della consulenza tecnica, stabilendo se essa è in grado di fornirgli conoscenze scientificamente valide sui fatti della causa. Sotto questo aspetto, allora, si può rilevare una forte analogia tra la funzione che spetta al giudice americano e la valutazione che formula il giudice di *civil law*, essendo in larga misura lo stesso il problema di stabilire se una prova è o non è scientificamente valida [Taruffo, 2016, p. 339].

Tanto in *civil law* come in *common law*, ad ogni modo, il *fil rouge* di questo dibattito è che i sistemi giuridici non possono accontentarsi di basare le decisioni giudiziarie che richiedono l'apporto di esperti in base ad argomenti d'autorità, e che comunque se i giudici si affrancassero dalla loro condizione di deferenza verso gli esperti sarebbe meglio per tutti. Per superare il paradosso della circolarità creato da *Frye* (per sapere se un esperto è affidabile si dovrebbe già sapere quale comunità scientifica di riferimento è affidabile), il giudice deve uscire dallo stato di minorità che tradizionalmente caratterizza il suo approccio alla scienza e alle altre discipline specialistiche. Solo abbandonando un approccio deferenziale nei confronti del sapere *che si presenta come* scientifico e adottando un approccio critico – si sostiene – il giudice potrà individuare le prove *effettivamente scientifiche* e quindi meritevoli di essere prodotte dinanzi a una giuria, distinguendole da quelle inaffidabili.

Specie nel contesto continentale, dove colui che è chiamato a valutare la prova scientifica è lo stesso giudice e dove in genere non esiste giuria, si può però verificare un altro apparente paradosso. Il giudice può ammettere la prova per esperti solo quando riconosce una propria insufficienza culturale nella comprensione dei fatti oggetto del giudizio, ma allo stesso tempo è il soggetto che, una volta che l'esperto ha reso il proprio parere, è incaricato di valutare se la deposizione sia tecnicamente attendibile. L'inadeguatezza del giudice nello svolgimento di questa operazione di controllo in sede di valutazione della prova può sembrare implicita nella sua insufficienza culturale che è presupposto dell'ammissione della prova. A prima vista, cioè, il sistema si fonda su due principi (entrambi di origine canonistica) concettualmente incompatibili: da un lato l'idea secondo cui *peritis in arte credendum*, dall'altro l'idea che il giudice debba conservare il ruolo di *peritus peritorum* [Dwyer, 2008, p. 197]. Scrive, in proposito, ancora Taruffo:

Il paradosso [...] è soltanto apparente. In realtà ciò che si chiede al giudice non è di trasformarsi in un esperto di questo o quel ramo della ricerca scientifica: ciò sarebbe evidentemente impossibile, ma non è neppure necessario. Il giudice non deve sostituirsi all'esperto per svolgere un'altra volta le attività che costui ha già svolto per formulare il proprio parere. Ciò che al giudice si chiede è di [...] stabil[ire] che il metodo seguito dall'esperto era scientificamente valido, e che tale metodo è stato applicato correttamente

nel caso specifico [...]. In proposito si può ovviamente obiettare che anche soltanto per porre in essere questi controlli il giudice ha bisogno di conoscenze che possono andare al di là della cultura media e del senso comune. L'obiezione è fondata, e implica però una trasformazione significativa della preparazione che il giudice deve avere: ciò di cui il giudice ha bisogno per effettuare le sue valutazioni sulla prova scientifica sono le nozioni *di metodo* e le conoscenze *epistemologiche* che occorrono per compiere effettivamente i controlli di cui si è parlato. Se il giudice non dispone di queste nozioni la sua funzione di *peritus peritorum* risulta completamente svuotata: il solo vero *peritus* rimane l'esperto, alla cui opinione il giudice presta un assenso acritico o sulla quale formula un dissenso altrettanto acritico. Se invece è in grado di svolgere adeguatamente questa funzione il giudice diventa a sua volta una sorta di *gatekeeper*, nel senso che ammette tra le fonti della decisione finale solo conoscenze dotate di validità scientifica e risultanti da esperimenti o procedimenti che sono stati posti in essere correttamente [Taruffo, 2016, p. 347-348].

Resta il fatto che la distinzione concettuale tra “sostituirsi all'esperto” e stabilire se questi abbia correttamente impiegato un metodo scientificamente valido è piuttosto sfuggente. Esiste una differenza *qualitativa* tra l'atteggiamento deferenziale raccomandato dalla sentenza *Frye* e quello raccomandato dalla sentenza *Daubert* e sottoscritto da Michele Taruffo nel passaggio appena citato? Il tentativo più autorevole di distinguere qualitativamente i due approcci è stato formulato per la prima volta da Ronald Allen e Josef Miller ed è descritto nel paragrafo seguente.

2. Da un modello deferenziale a un modello educativo?

2.1. Modello deferenziale e modello educativo

In un articolo scritto poco prima di *Daubert* e pubblicato immediatamente dopo, nel luglio 1993, Ronald Allen e Josef Miller sostengono che la prova per esperti pone un dilemma radicale: il dilemma tra deferenza ed educazione. Questa alternativa si presenta nella gestione delle deposizioni e nella definizione del ruolo assegnato al perito nell'ambito del processo. Ci si chiede: il *trier of fact* (giudice o giuria che sia) deve *capire* fino in fondo le ragioni che stanno alla base delle dichiarazioni dei testimoni per potersene servire oppure può semplicemente fidarsi della correttezza dei loro ragionamenti? Secondo questi due autori, la risposta che la tradizione giuridica di *common law* dà a questa domanda, quando si tratta di dichiarazioni di testimoni comuni, è che il *fact finder* deve *sempre* avere una piena comprensione delle inferenze che motivano la dichiarazione. In altre parole, chi decide può fidarsi delle *percezioni* dei testimoni, ma non delle loro *inferenze*. Chi giudica ovviamente non ha la possibilità di vedere con i propri occhi ciò che i testimoni hanno visto, ma deve poter ripercorrere con la propria testa ogni ragionamento con cui il testimone inferisce da ciò che ha visto i fatti oggetto della sua narrazione. Il teste deve spiegare come fa a sapere che il fatto che riferisce è vero e il fatto si considererà provato solo se la spiegazione convince la giuria. È in questo senso che,

in linea generale, il testimone è chiamato dal diritto processuale anglosassone a riferire “facts” e non “opinions”.

Il processo ideale in *common law* consisterebbe nel mettere il *fact finder* (giudice o giurato che sia, ma d’ora in poi dirò “giurato”) *nella testa* di tutti i testimoni (di parte e non di parte) al momento dell’evento oggetto di lite in modo tale che ogni giurato possa avere esperienza di prima mano degli input sensoriali che saranno descritti nel corso della deposizione nel processo. Trovandosi nella testa dei testimoni, il giurato avrebbe accesso al background e all’esperienza di ciascun testimone e saprebbe determinare, se necessario, come e magari anche perché ciascun testimone ha osservato ciò che ha osservato. La giuria costruirebbe una figura composita degli eventi attraverso un procedimento deliberativo complesso in cui le varie impressioni sensoriali dei testimoni verrebbero descritte e valutate con riferimento al background dei giurati. Dopo aver stabilito la ricostruzione più probabile dell’accaduto, la responsabilità verrebbe assegnata in base ai requisiti legali articolati dal giudice. In mancanza della possibilità di fondere la mente dei testimoni con quella dei giurati, la *common law* si avvicina al suo ideale richiedendo (per quanto possibile) che i testimoni si limitino a riferire ciò che hanno osservato, lasciando fuori (ancora per quanto possibile) le dichiarazioni relative a inferenze (o opinioni) che i testimoni ritengono giustificate dall’osservazione [Allen e Miller, 1993, p. 11, traduzione mia¹⁰].

In un mondo ideale, dunque, il giurato saprebbe tutto ciò che il testimone sa e saprebbe sempre esattamente *perché* il testimone esprime determinate opinioni. Purtroppo però i giurati non possono leggere nella mente dei testimoni, non possono assorbire il loro background e non possono comprendere a pieno il fondamento delle loro connessioni inferenziali a meno che queste non siano pienamente esplicitate. Secondo gli ideali della *common law*, perciò, chi è incaricato della soluzione della questione di fatto deve valutare in piena autonomia se i fatti costitutivi della pretesa avanzata in giudizio si siano realizzati oppure no.

¹⁰ Testo originale:

“The ideal trial at common law would put the fact finder (judge or juror, but henceforth 'juror') in the head of all the witnesses (party and nonparty) to the litigated event so that each juror would experience first-hand the sensory inputs that subsequently are described through testimony at trial. While residing in the heads of the witnesses, the juror would have access to the background and experience of each witness so that the juror would know whenever necessary how, and perhaps why, any particular witness observed what he or she did. The jury would then construct a composite picture of the events through a complex deliberative process in which the various sensory impressions of the witnesses were both described and appraised, by reference to the backgrounds of the jurors. After settling upon the most plausible account of what actually happened, liability would be assigned according to its match with the legal requirements as articulated by the trial judge. Lacking the ability to merge the minds of witness and juror, the common law instead approximates its ideal by requiring (so far as practicable) that witnesses restrict their testimony to what was observed, leaving out (again so far as practicable) declarations of inferences (or opinions) that witnesses believe the observations warrant”.

I soggetti coinvolti nel processo, in particolare testimoni e giurati, hanno normalmente un background comune, o almeno sufficientemente comune da consentire la comunicazione tra loro. Anche se ciò non è universalmente vero, rispetto a qualsiasi tipo di inferenza, la presenza di una pluralità di *fact finders* nella veste di giurati aumenta in modo astronomico le probabilità che la giuria collettivamente sia in grado di comprendere ciò che il testimone stava cercando di comunicare. Ma cosa accade se ciò che il testimone dice emerge da, o può essere compreso soltanto con riferimento a, un'esperienza che i *fact finders* non hanno? E se la connessione tra ciò che il testimone dice e ciò che il testimone intende è talmente arcana da azzerare le possibilità di far comprendere il significato di ciò che il testimone intende dire? [Allen e Miller, 1993, p. 12, traduzione mia¹¹].

In generale, se i giurati non sono in grado di comprendere il fondamento di ciò che il testimone dice non dovrebbero tenerne conto. Ma che cosa accade quando il testimone è convocato a processo proprio in virtù di un background non condiviso dalle persone comuni? Che cosa accade se partecipa al processo proprio per la sua capacità di compiere inferenze che una persona comune, in mancanza di quel background, non può compiere? Che cosa accade cioè se una persona è chiamata a deporre in virtù della sua expertise?

Da secoli, la tradizione di *common law* consente all'*expert witness*, a differenza degli altri testimoni, di esprimere opinioni, di formulare inferenze [Golan, 2008, p. 882], ma i giurati possono tenere conto di queste opinioni se non ne comprendono il fondamento? L'alternativa problematica che la prova per esperti pone secondo Allen e Miller è questa: i giurati devono essere *educati* dall'esperto ed acquisire il background di conoscenze che consentono a quest'ultimo di affermare ciò che dicono con cognizione di causa, escludendo perciò ogni argomento d'autorità nella formazione del loro convincimento, o possono anche *fidarsi* della parola dell'esperto per affermare che certe proposizioni sono vere o che certe inferenze sono fondate? La tesi fondamentale dell'articolo è che l'ordinamento statunitense e la tradizione di *common law* in generale non danno indicazioni sufficienti per orientare la gestione del processo in relazione a questo problema.

¹¹ Testo originale:

“The participants at trial, in particular witnesses and jurors, will have generally shared backgrounds, at least sufficiently so that effective communication is possible. Even if that is not universally so with respect to any particular inference, the presence of multiple fact finders in the form of jurors increases astronomically the odds that the jury collectively will be able to figure out what the witness was attempting to communicate. But what if what a witness says emerges from, or can only be understood by reference to, experience that the fact finder lacks? Or what if the connection between what a witness says and what the witness means is so arcane that the chances are virtually zero that the jury will understand what the spoken words are intended to convey”.

La perizia pone un problema: non si adatta bene al modello del processo ideale. Gli esperti sono tali spesso in virtù di anni di educazione specialistica, perciò potrebbero esserci formidabili barriere nell'educare il *fact finder* riguardo alle questioni rilevanti nel processo. Pertanto, c'è una pressione perché giudici e giurati si affidino con deferenza all'*expertise* degli esperti in modo che i processi non siano irragionevolmente lunghi. Tuttavia, questa pressione rappresenta una minaccia per il concetto stesso di processo. La perizia, così concepita, mette in discussione i convincimenti più profondi che stanno alla base del processo di *common law*" [Allen e Miller, 1993, p. 12, traduzione mia¹²].

Il diritto – lamentano i due autori – non definisce con sufficiente precisione il ruolo rispettivo dell'organo deputato a decidere in punto di fatto e dell'esperto. Il riparto di competenze risulta estremamente diverso a seconda che si adotti un modello o l'altro.

In base a un *modello deferenziale*, il giudice può limitarsi a verificare che l'esperto si presenti come tale secondo criteri che non hanno a che vedere con il merito di ciò che sta dicendo, ma solo con le sue credenziali e con la sua buona fede. Se il soggetto presenta sufficienti credenziali, appare in buona fede e le sue teorie ricevono l'avallo di un settore della comunità scientifica che nel suo complesso è riconosciuta come affidabile la prova potrà essere ammessa. Alla giuria non sarà richiesto di condizionare il proprio convincimento a una piena comprensione e a una accurata conoscenza delle ragioni che stanno alla base delle conclusioni peritali. Le sarà consentito di valutare l'affidabilità dell'esperto, per così dire, dall'esterno.

In base a un *modello educativo*, al contrario, il giudice deve essere *educato* dall'esperto per poter vagliare criticamente il fondamento della perizia. Il suo compito di *gatekeeping*, in sede di ammissione della prova, consiste nel verificare che la perizia offra alla giuria delle ragioni sostanziali, non basate sulla mera autorità dell'esperto e comprensibili per una persona comune. In base a questo modello, la giuria, in sede di valutazione della prova, dovrà essere a sua volta *educata* dall'esperto, dovrà comprendere i ragionamenti e le teorie che fondano le sue dichiarazioni e potrà deliberare

¹² Testo originale:

“Expert testimony poses a problem: it does not fit the model of the ideal trial well. Experts are often expert because of years of specialized training, and thus there may be formidable barriers to educating the fact finder about the relevant issues at trial. Hence, pressure arises to defer to the expertise of experts as a means of keeping trials to a manageable length, but the pressure to defer constitutes a challenge to the core concept of trials. Expert testimony accordingly puts into issue our basic commitments to the ideal common law trial”.

solamente sulla base di una piena comprensione di questi ragionamenti e queste teorie, prescindendo da ogni appello all'autorità.

L'articolo di Allen e Miller ha lo scopo principale di *descrivere* questi due modelli e segnalare la radicale differenza tra i due. Ron Allen però è tornato sul tema più di recente per sostenere che il modello deferenziale, sebbene meno costoso da adottare, sia intrinsecamente irrazionale:

Perché l'obiettivo fondamentale dei processi possa essere raggiunto, è necessario che le parti educino il decisore in ogni caso. [...] La conseguenza deplorabile di condurre i processi in base al modello deferenziale è che si verificano degli errori ogniqualvolta il decisore sceglie di essere deferente verso un presunto esperto che non fonda la sua deposizione su effettive conoscenze ma sulla base di ciò che negli Stati Uniti chiamiamo "scienza spazzatura". La scienza spazzatura e la falsa expertise sfruttano quella vulnerabilità informativa del diritto che si crea se il decisore non capisce la testimonianza dell'esperto. Fare in modo che tutti i testimoni, compresi quelli che oggi sono chiamati testimoni esperti, spieghino il fondamento della loro deposizione eliminerebbe gran parte di questo problema, in quanto proposizioni false non possono essere spiegate in modo comprensibile [Allen, 2013, p. 54, traduzione mia¹³].

Nello stesso senso, ma in termini forse ancora più netti, si esprime in diversi scritti Marina Gascón Abellán [2013; 2016; 2018]. Secondo quest'ultima, l'atteggiamento deferenziale del giudice riserverebbe alle dichiarazioni dell'esperto un trattamento ingiustificatamente eccezionale rispetto a quello riservato agli altri elementi di prova. Mentre normalmente nella valutazione di una prova il giudice attribuisce alla fonte di informazione gradi differenziati di verosimiglianza a seconda della qualità degli argomenti probatori che da essa possono trarsi, nel momento in cui riceve la deposizione dell'esperto, il giudice deferente annulla il suo senso critico e lo tratta come un dispensatore di certezze. Ciò è dovuto da un lato a una *sopravalutazione epistemica* della prova scientifica ossia alla credenza ingiustificata che la prova scientifica sia sempre tale da confermare l'ipotesi col massimo grado di certezza e una *sopravalutazione semantica* ossia alla credenza ingiustificata che *l'esperto affermi* sempre che la prova scientifica sia tale da confermare l'ipotesi col massimo grado di certezza

¹³ Testo originale:

"If the central aspiration of trials is to be achieved, the parties must educate the fact finder in all instances. [...] The lamentable consequence of conducting trials through deference is that mistakes will be made because fact finders choose to defer to a purported expert who is in fact not testifying on the basis of knowledge but instead is providing what is called in the United States "junk science." Junk science and unreliable expertise exploit the informational vulnerability of the law, the necessary condition of which is the fact finder not understanding the basis of the expert's testimony. Making all witnesses, including what are now called expert witnesses explain their testimony will largely eliminate this problem because false propositions resist comprehensible explanations".

[Gascón, 2013, p. 183-187]¹⁴. Ma c'è di più: la deferenza dei giudici verso gli esperti deve essere evitata non solo per ragioni epistemiche ma anche per ragioni politico-costituzionali.

La deferenza non è compatibile con un sistema che attribuisce ai giudici (indipendenti e imparziali) il ruolo di prendere le decisioni sui fatti del caso. In base a questo ruolo, è il giudice (non l'esperto) che deve valutare tutto il materiale probatorio, compresa la *forensic evidence*. Tuttavia, quando le corti sono considerevolmente deferenti verso la testimonianza degli esperti si può dire che sia l'esperto (non la corte) che prende la decisione sui fatti rilevanti. [...] In breve: la deferenza implica che gli esperti usurpino il ruolo dei decisori. Ma c'è una ragione ancora più decisiva per abbandonare la deferenza [...]. È immanente al principio di legalità – per come si è sviluppato nei sistemi giuridici occidentali contemporanei – l'idea che solo decisioni fondate sull'affermazione accurata dei fatti rilevanti sono legittime. La deferenza implica invece che i giudici decidano sulla base della testimonianza esperta senza ulteriori controlli e senza consapevolezza, senza capire le ragioni alla base della loro stessa decisione. Ciò significa che le decisioni deferenziali non sono fondate sulla conoscenza e l'accuratezza dell'accertamento di fatto non è concessa [Gascón, 2018, p. 13, traduzione mia¹⁵].

Ci si può fare un'idea più precisa del tipo di impegno intellettuale che sarebbe richiesto per soddisfare i requisiti del modello educativo leggendo Carmen Vázquez. Secondo Vázquez, il rapporto tra giudice

¹⁴ Questi due fenomeni secondo Gascón sarebbero anche legati al cosiddetto *effetto CSI*: l'idea, alimentata da serie televisive come *CSI – Crime Scene Investigation*, che la scienza forense presenti sempre prove schiaccianti, capaci da sole di risolvere un caso nel senso della condanna o dell'assoluzione [Gascón, 2013, p. 182; 2017, p. 3]. Si tratta di un problema avvertito soprattutto negli Stati Uniti dove il giudice del fatto il più delle volte non è un professionista ma un collegio di persone comuni, plausibilmente più influenzabili di un giudice togato dalle serie televisive [Schweitzer e Saks, 2007]. A onor de vero, però, andrebbe segnalato che l'*effetto CSI* può operare in due direzioni diverse, una deferenziale e una antideferenziale. Da un lato, può generare un atteggiamento di eccessiva fiducia e deferenza da parte dei giurati nei confronti della scienza forense; dall'altro, può indurre nei giurati la convinzione che sia legittimo prestare fiducia solo a prove tanto schiaccianti quanto quelle rappresentate nelle serie televisive in questione. Nel dibattito americano, è quest'ultimo che viene chiamato normalmente *effetto CSI*; quello a cui fa riferimento Gascón viene chiamato invece *effetto CSI invertito (reverse CSI effect)* [Tyler, 2006].

¹⁵ Testo originale:

“Deference is not consistent with a system that attributes to the judges (independent and impartial) the role of making decisions on the facts of the case. According to this role, it is the judges (not the experts) to assess all the evidence, including forensic evidence. However, when courts pay considerable deference to expert testimony it could be said that it is the expert himself (not the court) who makes the decision on the facts in issue. [...] In a nutshell: deference implies that experts usurp the role of fact-finders. But there is a more decisive reason to abandon deference: [...] Immanent in the concept of rule of law –as developed by contemporary western legal systems – there is the idea that only decisions based on accurate statements on the facts in issue are legitimate. Deference implies that judges decide without further scrutiny on expert testimony, and thus unintelligently, without understanding the reasons for their decision. That is to say that deferential decisions are not based on knowledge, and thus factual accuracy is not granted”.

o giurato ed esperto è inevitabilmente fondato su una forma di *dipendenza epistemica*: nel senso che necessariamente l'esperto, per avere una qualche utilità nel processo, deve offrire a chi giudica informazioni che questi, senza il suo intervento, non acquisirebbe [Vázquez, 2015, p. 45]. Questa dipendenza però assume caratteri diversi nel caso della deferenza e in quello dell'educazione. Nel modello deferenziale, l'acquisizione dell'informazione si fonda su "ragioni interpersonali" [Vázquez, 2015, p. 80]: la ragione per credere nelle parole dell'esperto preesiste alla deposizione e si basa sulla relazione di fiducia che sussiste tra l'esperto e chi decide. La credulità non dipende dal contenuto, ma dalla provenienza della deposizione. Nel modello educativo, al contrario, l'acquisizione dell'informazione è condizionata a un vaglio critico dell'argomentazione che la supporta. La credulità non dipende dalla mera provenienza, ma dal contenuto della deposizione. In altre parole, nel modello educativo, l'evento della deposizione è *la causa* della credenza che il giudice o il giurato acquisisce ma non è *la ragione* di essa: la ragione dell'acquisizione della credenza è il fondamento razionale dell'argomentazione che l'esperto ha presentato; nel modello deferenziale, invece, la deposizione dell'esperto è sia la causa dell'acquisizione della credenza, sia la ragione di essa: la ragione del giudice o del giurato per credere a ciò che l'esperto ha detto è precisamente il fatto che l'esperto l'abbia detto. Secondo Vázquez, non è possibile indicare uno dei due modelli come in assoluto più opportuno dell'altro. A suo modo di vedere, tutto dipende da come viene nominato l'esperto. Se il sistema consente al giudice stesso di nominare un esperto di sua fiducia, come accade negli ordinamenti di impostazione prevalentemente inquisitoria, è possibile che il modello deferenziale sia utilizzato in modo sicuro e utile. Ma se, come per lo più accade in *common law*, gli esperti sono presentati dalle parti e si scontrano in una battaglia tra loro dove operano di fatto come avvocati, nell'interesse dei loro clienti, inevitabilmente il giudice dovrà entrare nel merito del loro ragionamento per privilegiare una conclusione a favore dell'altra. Il modello dovrà essere educativo.

Ma l'alternativa in questione è davvero possibile? Si può davvero chiedere al giudice di servirsi di esperti solo per farsi educare nel contesto del processo? Sul fatto che il modello educativo così come descritto da Allen e Miller sia effettivamente possibile si possono avere seri dubbi.

2.2. Irrealizzabilità concreta del modello educativo

La redazione della *Northwestern Law Review* in cui è pubblicato l'articolo di Allen e Miller sente l'esigenza di segnalare con una *Editor's note* che dopo la *submission* dell'articolo ma appena prima della pubblicazione la Corte Suprema si è pronunciata in *Daubert*, spingendo il diritto federale

statunitense verso quello che Allen e Miller nell'articolo chiamano modello educativo¹⁶. L'idea è ampiamente diffusa nella letteratura giuridica. Secondo Faigman:

Invece di determinare semplicemente se una tecnica scientifica è generalmente accettata, i giudici sono ora chiamati a comprendere la scienza in prima persona. La sentenza *Daubert* è stata rivoluzionaria perché ha posto fine all'abdicazione dei giudici rispetto alla loro responsabilità di valutare la affidabilità delle prove scientifiche prodotte. Ora si richiede ai giudici di comprendere il metodo scientifico abbastanza bene da poter decidere se una particolare tecnica sia valida e affidabile come prova [Faigman, 2000, p. 2, traduzione mia¹⁷].

E altrove:

La sentenza *Daubert* richiede ai giudici di valutare la ricerca scientifica grosso modo come la valutano gli scienziati. Incorpora i valori essenziali della cultura scientifica [Faigman, 1999, p. 63, traduzione mia¹⁸].

Nello stesso senso, Caudill e LaRue [2006, p. 33], secondo i quali con *Daubert* si passa finalmente da un *modello deferenziale* di interazione tra giudici ed esperti, in cui il giudice si fida ciecamente e basa la propria decisione sul principio d'autorità, a un *modello educativo*, in cui il giudice finalmente si assume la responsabilità di comprendere e vagliare criticamente il fondamento teorico e argomentativo delle prove di cui si chiede l'ammissione¹⁹.

¹⁶ Mentre l'articolo concerne essenzialmente il problema di come la giuria deve *valutare* la prova dell'esperto, la sentenza *Daubert* riguarda le condizioni che devono sussistere perché un giudice ritenga la prova dell'esperto *ammissibile* e perciò presentabile dinanzi alla giuria. Tuttavia, i due temi sono strettamente legati.

¹⁷ Testo originale:

“Instead of simply determining whether a scientific technique is generally accepted, judges now are expected to understand the science themselves. *Daubert* was revolutionary because it put an end to judges' abdication of their responsibility to assess the reliability of proffered scientific evidence. Now, judges themselves are expected to understand the scientific method well enough to decide whether a particular technique is valid and reliable as evidence”.

¹⁸ Testo originale:

“[T]he *Daubert* holding calls on judges to assess scientific research in much the same way scientists might. It incorporates the essential values of the scientific culture”.

¹⁹ Ancora sull'idea che *Daubert* rappresenti un fondamentale cambio di paradigma, Sheila Jasanoff:

“*Daubert* entailed not only the application of a new legal standard but also something more radical—a change in long-standing habits of judicial tolerance toward party experts, coupled with habitual judicial deference to the jury's fact-finding function. [...] [T]he ruling sought, in effect, to reposition the epistemic foundations of admissibility. It was widely interpreted as requiring judges to ‘think like scientists.’ The judge's role, according to this reading, was to bring the legal assessment of science into closer alignment with assessment of science by scientists” [Jasanoff, 2005, pp. 49-50].

La sentenza è generalmente considerata l'approdo giudiziario di un movimento d'opinione, nato col libro-denuncia di Peter Huber, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom* [Huber, 1991], con l'obiettivo di instillare nei giudici un maggior senso critico e una migliore comprensione del metodo scientifico. Secondo Huber, all'inizio degli anni novanta, l'uso della scienza-spazzatura nell'ambito di alcuni importanti processi si presenta come un gravissimo problema per la giustizia statunitense: in centinaia e centinaia di casi, importanti decisioni giudiziarie vengono prese sulla base di prove solo apparentemente scientifiche. L'unica soluzione a questo problema – sostiene Huber – sarebbe una maggiore integrazione tra cultura giuridica e cultura scientifica: i giudici fanno troppo di diritto e troppo poco di scienza. In una società sempre più tecnologica, i giudici dovrebbero invece imparare a vagliare criticamente le informazioni scientifiche che ricevono nel corso del processo e a comprendere in prima persona le prove in base alle quali loro stessi o le giurie assolvono o condannano le persone. Devono essere *gatekeepers*, i guardiani delle porte del tribunale, e basarsi su una rigorosa applicazione del metodo scientifico per tenere fuori dal processo la scienza-spazzatura. Ma, al di là delle intenzioni alla base di essa e al di là della retorica che la circonda, qual è stato il vero impatto pratico della sentenza *Daubert*?

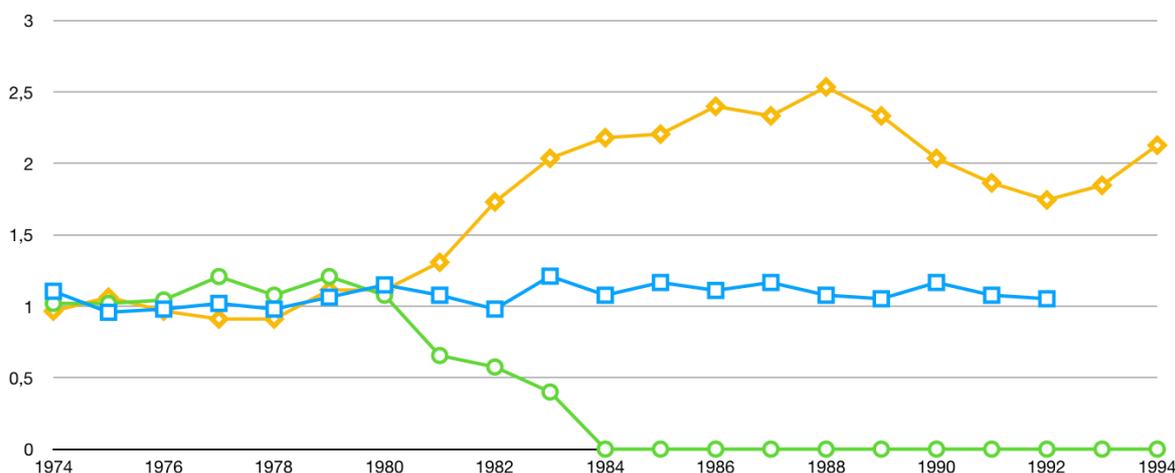
Per cominciare, la vittoria dei *Daubert* fu del tutto irrilevante nel caso concreto. Le prove la cui ammissione era ostacolata dal *Frye standard* e che i *Daubert* volevano far ammettere furono considerate inammissibili dal giudice del rinvio, proprio come erano state considerate inammissibili nel processo *Mekdec*. L'aspetto più ironico di questa vicenda è che il nuovo standard, considerato un baluardo per la difesa delle giurie dalla cosiddetta scienza-spazzatura, viene creato per iniziativa di un gruppo di postulanti che fondavano le proprie difese precisamente su scienza-spazzatura e che proprio per questo erano insoddisfatti del precedente test dell'accettazione generale. Oggi è provato in modo piuttosto schiacciante che in effetti il *Bendectin* non era affatto pericoloso.

Quando la società *Merrell* decise di ritirare il farmaco dal mercato in risposta alla gran quantità di cause che le erano state intentate, questo ebbe l'effetto di dimostrare in modo molto chiaro la totale assenza di correlazione tra l'assunzione del farmaco da parte di donne incinte e i difetti congeniti nei neonati. Il grafico qui riportato, tratto da uno studio dei primi anni duemila, mette in relazione la quantità di scatole di *Bendectin* vendute (curva verde) e la quantità di neonati nati con difetti congeniti

Nello stesso senso Mariacarla Tallacchini:

“[I]n the US judicial system, [...] the traditional legal attitude of deference to science has been abandoned for a more critical account of the links between science and law. The *Frye* (1923) and the *Daubert* (1993) cases illustrate this passage” [Tallacchini, 2002, p. 331].

(curva blu): il numero di bambini nati con arti malformati resta più o meno costante e non è in nulla influenzato dalla progressiva diminuzione delle vendite e dal ritiro dal mercato del *Bendectin*. Al contrario, la mancanza di un farmaco idoneo determina un incremento netto dei ricoveri di donne incinte per complicazioni legate alla nausea mattutina (curva gialla).



[Kutcher, Engle, Firth e Lamm, 2001, p. 96]

Il momento in cui le vendite di *Bendectin* cominciano a crollare coincide con la pubblicazione, nell'ottobre del 1979, di un articolo sul *tabloid* scandalistico *National Enquirer*, distribuito gratuitamente fuori dai supermercati in tutti gli Stati Uniti, fonte che è facile riconoscere come poco attendibile anche senza essere esperti di farmacologia. Il titolo dell'articolo era: *The New Thalidomide Scandal – Experts Reveal. COMMON DRUG CAUSING DEFORMED BABIES* [Green, 1996, p. 134]. La notizia era stata fornita al giornale da Melvin Belli, avvocato della famiglia Mekdeci e di alcune altre pretese vittime della società *Merrell*. Nonostante il titolo, nessuna pubblicazione scientifica di rilievo confermava la tesi attribuita agli “experts” dal giornale scandalistico. Così già prima di *Daubert*, servendosi del *Frye standard*, i giudici erano stati perfettamente in grado di indovinare che quella alla base delle perizie di Mekdeci e dei *Daubert* era scienza-spazzatura, creata ad arte per mettere in piedi azioni giudiziarie a catena a tutto vantaggio di grossi studi legali come quello di Melvin Belli. Nell'ambito della vicenda *Bendectin*, i processi condotti sulla base del *Frye standard* e quelli condotti sulla base del *Daubert standard* hanno fornito tutti la medesima soluzione, riconoscendo l'inattendibilità degli studi proposti. In sostanza, nell'ambito del filone giudiziario in cui è stata pronunciata (la saga dei *Bendectin cases*), la sentenza *Daubert* non ha consentito di utilizzare prove affidabili che altrimenti sarebbero state escluse né ha escluso prove inaffidabili che altrimenti sarebbero state ammesse. Semplicemente, non ha avuto alcun effetto pratico.

In termini più generali, poi, che il *Daubert standard* sia più efficace del *Frye standard* nell'arginare l'accesso di scienza-spazzatura nel processo non è mai stato provato. Alcuni studi quantitativi mostrano che il *Daubert standard* è *più restrittivo* rispetto al *Frye standard* nelle sue applicazioni concrete nelle corti statali [Dixon e Gill, 2001; Cheng e Yoon, 2005]²⁰. Ma questo di per sé non implica che il nuovo test proposto dalla Corte Suprema sia più efficace del precedente nel distinguere prove affidabili e inaffidabili. Il minor numero delle prove ammesse potrebbe essere anche dovuto al fatto che perizie affidabili vengono indebitamente escluse, attribuendo un ingiusto vantaggio alle parti convenute a danno delle parti attoree. Nell'ambito dei cosiddetti *mass toxic torts*, questo implicherebbe un ostacolo per i consumatori che vogliono fare valere le proprie ragioni contro grosse aziende²¹. Per ironia della sorte, il nuovo standard ottenuto nel vano tentativo di provare un danno da prodotto da un consumatore contro una grande azienda diventa così uno strumento nelle grandi aziende per difendersi contro le azioni di risarcimento dei danni intentate dai consumatori.

Nel migliore dei casi, ciò che la sentenza *Daubert* fa è innalzare lo *standard di prova*, cioè il grado di certezza richiesto per considerare un fatto giuridicamente provato²². Ma se lo standard di prova è

²⁰ Secondo Helland e Klick [2012], invece, non c'è alcuna prova concreta nemmeno del fatto che negli stati in cui il *Daubert standard* ha sostituito il *Frye standard* si sia registrato un minore tasso di perizie ammesse.

²¹ È il caso di ricordare, in proposito, che Peter Huber, iniziatore della polemica sulla scienza-spazzatura, appartiene al *Manhattan Institute for Policy Research*, un *think tank* di destra che tra le altre cose promuove, nell'interesse degli industriali, un maggior rigore nell'ammissione della prova nei processi civili per risarcimento del danno da prodotto. Cfr. in proposito il sito dell'istituto: <https://www.manhattan-institute.org/expert/peter-w-huber> (ultima consultazione giugno 2019). Come scrive Dwyer:

“[H]eighted concern over ‘junk science’ in United States civil actions in the early 1990s, culminating in *Daubert*, can be seen as an attempt by large corporations, particularly in the pharmaceutical industry, to weaken significantly toxic tort actions being brought against them” [Dwyer, 2008, p. 229]. Sullo stesso tema, in polemica specificamente con l'attivismo di Peter Huber, cfr. Chesebro [1993], che ironizza chiamando la sua crociata contro la *junk science* “junk scholarship”.

²² Le nozioni di *onere della prova* e *standard di prova* sono correlate, ma distinte. L'onere della prova è la situazione giuridica soggettiva della parte processuale che per ottenere un determinato effetto giuridico ha l'onere di dimostrare determinati fatti. Lo standard di prova è il grado di certezza che l'ordinamento esige per considerare una certa ipotesi provata. In altri termini, la norma che definisce l'onere della prova dice che cosa succede se un fatto è provato o non è provato: il soggetto gravato dall'onere della prova perderà la causa se non riesce a provare le ipotesi di fatto alla base delle proprie pretese; la norma che definisce lo standard di prova definisce il grado di conferma necessario per affermare che un determinato fatto è provato. Su quest'ultima nozione e su come sia spesso ingiustamente trascurata nelle motivazioni delle sentenze cfr. per esempio Tuzet e Ferrer [2018, p. 455] che definiscono lo standard di prova “il livello di sufficienza probatoria richiesto a fini decisori”. Può accadere che una stessa disposizione giuridica definisca sia lo standard di prova sia l'onere della prova. È il caso dell'art. 533 del codice di procedura penale italiano, che recita: “Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole

più difficile da soddisfare ciò non significa che automaticamente le decisioni prese siano migliori sul piano epistemologico. Il giudice, qualora lo standard non sia superato e resti incerto circa il fondamento di una pretesa, non può sospendere il giudizio alla maniera di un filosofo scettico: la pretesa dovrà essere dichiarata o fondata o infondata, *tertium non datur*. Della proposizione giuridicamente rilevante (come ad esempio: “il farmaco tale è dannoso”, “il ponte è crollato a causa di un errore nel progetto”, “Anna ha sviluppato un tumore a causa delle emissioni dell’industria Alfa”...), il giudice dovrà sempre dire se esistono prove *sufficienti* per ritenerla vera oppure no. Se un giudice decidesse²³ di condizionare il suo convincimento a uno standard di prova elevatissimo, ciò non avrebbe necessariamente l’effetto di migliorare la base epistemica dei suoi giudizi: si tradurrebbe solo in un virtuale annullamento dei diritti dei soggetti onerati della prova a vantaggio dei soggetti nei confronti dei quali avanzano delle pretese. Se lo standard di prova dovesse sempre coincidere con la certezza, nessun ladro potrebbe mai essere punito per aver rubato, l’autorità di nessun contratto potrebbe mai essere fatta valere in giudizio, nessun danno potrebbe mai essere risarcito. La messa al bando degli argomenti *ex auctoritate*, l’impossibilità di far valere conclusioni probatorie sulla base della mera autorevolezza degli scienziati che le propongono, può perciò rappresentare in ambito penale un indebolimento delle garanzie che il diritto appresta per difendere il bene comune e in ambito civile una compromissione del diritto di difesa di alcuni soggetti, quelli onerati dalla prova, a favore di altri, quelli le cui violazioni del diritto devono essere provate. In breve: se diventa impossibile o molto difficile provarne i fatti costitutivi, i diritti individuali cessano di esistere²⁴. L’innalzamento dello standard di prova non elimina l’errore giudiziario, ma sbilancia a favore dei convenuti o degli imputati il rischio dell’errore giudiziario. Anche una falsa assoluzione, non solo una falsa condanna, infatti, è un errore.

dubbio”. Da questa disposizione, si può ricavare, da un lato, che l’*onere della prova* grava sull’accusa: spetta all’accusa provare che l’imputato è colpevole e non alla difesa dimostrare che è innocente; dall’altro, che lo *standard di prova* che l’ordinamento esige per ritenere che l’accusa abbia soddisfatto il proprio onere è definito dal tradizionale test dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”. Ciò non toglie che le due nozioni siano distinte sul piano concettuale.

²³ La definizione dello standard di prova è una scelta di valore di grande rilevanza politica. Troppo spesso, in quasi tutti i paesi, questa scelta viene delegata al giudice, perché le norme processuali che dovrebbero definire lo standard in realtà si limitano a rinviare a criteri che hanno a che fare con *stati mentali* del decisore: il *libero convincimento* del giudice, l’assenza di *reasonable doubt* da parte sua, la sua *intime conviction*, la sua *sana critica*... Questo di fatto però rappresenterebbe una lesione del principio di legalità perché anche il grado di certezza con cui devono essere provati i presupposti di un diritto fa parte dell’anatomia sostanziale di quel diritto. Lo standard di prova definisce il grado relativo di protezione che lo Stato intende accordare a una situazione giuridica rispetto a situazioni giuridiche contrapposte. In questo senso v. per esempio Ferrer [2013, p. 27] Sul punto torneremo nel prossimo capitolo.

²⁴ Come scrivono Allen e Nafisi [2010, p. 132]: “Without factually true findings, rights are meaningless”.

Il metodo educativo naturalmente non potrebbe imporre al giudice di diventare esperto in ogni campo del sapere, ma dovrebbe, nelle intenzioni di chi lo propone, consentirgli comunque di vagliare la correttezza metodologica del ragionamento dell'esperto. Nell'interpretazione che ne dà la Corte Suprema in *Daubert*, imporrebbe al giudice di diventare se non scienziato, quantomeno esperto nel riconoscimento di applicazioni del metodo scientifico corrette e scorrette. Ma l'idea che il rispetto del metodo scientifico – che la Corte sembra far coincidere con il rispetto di una certa sua interpretazione del falsificazionismo popperiano – possa essere utilmente usato come criterio di ammissibilità desta perplessità. Susan Haack evidenzia che i criteri *Daubert* sono irrimediabilmente compromessi con un'errata lettura della filosofia della scienza di Karl Popper, la quale, interpretata nel modo corretto, non potrebbe invece fornire alcun valido criterio per valutare la attendibilità di un esperto:

[È] stato assolutamente bizzarro invocare Popper – proprio Popper tra tutti! – per determinare quale perizia scientifica sia sufficientemente affidabile per essere ammessa. Difatti una tesi chiave di Popper è che non si può mai dimostrare che un'affermazione scientifica è vera, probabile o affidabile [Haack, 2010, p. 124, traduzione mia²⁵]

Peraltro, secondo Haack, l'impostazione data al “problema della prova scientifica” è viziata fin dal momento della sua formulazione. Ciò che deve importare non è quale prova sia *scientifica*, bensì quale prova sia *affidabile*. Un uso onorifico della parola “scienza” e una conseguente ossessione con il problema della demarcazione tra scienza vera e scienza-spazzatura sarebbero il segno di un indebito scientismo [Haack, 2012, p. 75]. Se dovessimo dare ascolto a Popper, molte delle questioni normalmente oggetto di perizia non potrebbero essere rimesse alle valutazioni di esperti e dovrebbero essere affidate al senso comune dei giudici. Per esempio, buona parte delle perizie psichiatriche che normalmente si ammettono in ambito giudiziario sono compromesse con assunti non falsificabili e a rigore in base a *Daubert* non dovrebbero essere ammesse [Allen, 1994, p.1172]. Una perizia storica – per esempio nell'ambito di un processo per crimini di guerra – non potrebbe essere mai ammessa, dal momento che la storia non può essere considerata una scienza in termini popperiani. Il giudice, ove la dinamica di un particolare evento storico assumesse rilevanza giuridica, dovrebbe preferire la

²⁵ Testo originale:

“[I]t was downright bizarre to call on Popper – Popper, of all the people! – to help determine whether expert scientific testimony is sufficiently reliable to be admissible. For a key thesis of Popper's is that *scientific claims can never be shown to be true, probable, or reliable*”.

propria dilettantesca ricostruzione di quell'evento alla ricostruzione fatta da un professionista, specializzato nell'esame e il confronto delle fonti archivistiche²⁶.

Il perfezionismo epistemico insito nel modello educativo perciò può avere almeno due effetti negativi: da un lato, innalzare lo standard di prova aumentando in modo sproporzionato il rischio di false assoluzioni, dall'altro, rendere impossibile l'ammissione di perizie per la soluzione di questioni di fatto che non si prestano a un esame "scientifico" – qualsiasi cosa si debba intendere con questo termine – costringendo il giudice a preferire il proprio dilettantismo allo stato dell'arte della conoscenza umana su tali questioni²⁷.

Ma c'è di più. Anche se il rispetto del metodo scientifico fosse l'unico buon metodo per accertare l'affidabilità di una proposizione è ingenuo pensare che la sua adozione possa essere accertata in prima persona da un giudice e concludere che il giudice possa arrogarsi il diritto di esercitare questo controllo in modo autonomo. Secondo lo scienziato cognitivo George Lakoff, *Daubert* ha contribuito a rafforzare, tanto nel pubblico come nelle aule di giustizia, una concezione autoritaria del giudice e del suo ruolo nel processo. In base a questa concezione, il giudice è un soggetto nei confronti del quale il sistema giuridico deve riporre una fiducia incondizionata, capace meglio di coloro che sono riconosciuti come scienziati di verificare la conformità di teorie al metodo scientifico. Lakoff parla di una mutazione del *frame* concettuale attraverso il quale interpretiamo i ruoli dei diversi agenti che interagiscono nel processo e i loro rapporti reciproci.

Daubert mette sotto processo la scienza stessa e gli scienziati. [...] In questo processo, il giudice distrettuale è sia giudice che giuria. Il giudice non ha credenziali o conoscenze specialistiche né in campo scientifico né in filosofia della scienza né in studi empirici sulla scienza.

Lo scienziato-imputato ha tutto da perdere: la sua reputazione professionale, nel caso in cui si sancisca che non è effettivamente un esperto. Se il giudice decreta che una certa affermazione scientifica è "scienza-

²⁶ Taruffo mette in guardia dalla figura del "giudice *apprenti sorcier*": il giudice che per eccessivo zelo nell'esercizio delle funzioni di *gatekeeper* finisce per fondare il proprio convincimento su scienza-spazzatura autoprodotta [Taruffo, 2008, p. 292].

²⁷ Un ulteriore difetto della sentenza *Daubert*, soprattutto per come reinterpretata in *Joiner*, sarebbe quella di individuare uno standard per l'ammissione delle prove scientifiche di carattere atomistico, ossia rigido e a-contestuale [Haack, 2008]. Spesso, invece, una prova può rivelarsi affidabile non in se stessa ma solo in relazione alle altre. È questa la tesi dell'olismo probatorio, sostenuta da Haack, in una versione debole, in diversi scritti [Haack, 1993; 2008; 2014]. Haack definisce la sua teoria "quasi-olistica" in quanto si basa su una teoria epistemologica della giustificazione "fondaerentista": in parte coerentista e in parte fondazionalista cfr. Haack [2014, p. 15]. Sul tema cfr. anche Tuzet [2016a, pp. 261-272].

spazzatura”, crea un precedente per altri processi futuri. Quando uno scienziato viene “Dauberted out” e, così, escluso dal processo, le ripercussioni per lui sono serie. E siccome la decisione del giudice è praticamente immune da impugnazioni, non esistono forme di salvaguardia giuridica per l’esperto che venga giudicato scientificamente incompetente da parte di un giudice a sua volta scientificamente incompetente [Lakoff, 2001, p. 117, traduzione mia²⁸].

In altre parole, per evitare un appello all’autorità di *expert witnesses* non certamente competenti, *Daubert* si appella all’autorità di giudici certamente incompetenti; per superare l’appello all’autorità scientifica e servire meglio gli ideali della scienza, conferisce un’autorità del tutto ingiustificata ai giudici. Un’autorità che gli stessi giudici, spesso, preferirebbero non avere. Lo stesso *district judge* che, nel caso *Daubert*, aveva sospeso il giudizio e rimesso la questione del criterio di ammissibilità alla Corte Suprema mostra un certo scetticismo rispetto alla propria capacità di vagliare in prima persona il fondamento scientifico delle prove. Nel suo *remand judgment*, ossia nella sentenza in cui è chiamato ad applicare per la prima volta il nuovo standard fissato dalla Corte Suprema alle prove presentate dai *Daubert* contro la società *Merrell*, ironizza polemicamente:

La nostra responsabilità, dunque, a meno che non abbiamo gravemente frainteso la sentenza della Corte Suprema, è quella di risolvere dispute tra scienziati rispettati e dotati di valide credenziali riguardo a questioni che rientrano pienamente nell’ambito della loro expertise in campi nei quali non c’è consenso scientifico rispetto a cosa sia “buona scienza” e occasionalmente rifiutare l’ammissione di perizie perché non “derivate dal metodo scientifico”. Tenendo a mente la nostra posizione nella gerarchia giudiziaria federale, facciamo un respiro profondo e procediamo a questo esaltante compito [Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995), traduzione mia²⁹].

²⁸ Testo originale:

“*Daubert* puts science itself and scientists on trial. [...] The district judge is both judge and jury. The judge usually has no scientific credentials or expert knowledge either in the science itself, in the philosophy of science, or in empirical studies of science. The scientist-defendant has plenty to lose: his or her reputation for professional expertise, if deemed not an expert. And if the judge rules the science is “junk science,” it sets a precedent for possible future trials. When a scientist is “Dauberted out” of a trial, the repercussions for the scientist are serious. And since the judge is virtually immune from appeal, there are no legal safeguards for the scientific expert against being judged scientifically incompetent by a scientifically incompetent judge”.

²⁹ Testo originale:

“Our responsibility, then, unless we badly misread the Supreme Court's opinion, is to resolve disputes among respected, well-credentialed scientists about matters squarely within their expertise, in areas where there is no scientific consensus as to what is and what is not “good science” and occasionally to reject such expert testimony because it was not “derived by the scientific method.” Mindful of our position in the hierarchy of the federal judiciary, we take a deep breath and proceed with this heady task”.

La proposta di un modello educativo tra giudice ed esperto non è discutibile solo per gli effetti che comporta, ma anche per le irrealistiche aspettative che ripone nelle capacità dei giudici. La pretesa che i giudici valutino la ricerca scientifica, come dice Faigman, “grosso modo come la valutano gli scienziati” è in realtà altamente implausibile.

Secondo Brewer [1998, p. 1680], *Daubert* non offre una vera soluzione al problema dell'affidabilità degli esperti, perché non è plausibile che il giudice medio possa mai acquisire la competenza tecnica necessaria per svolgere il ruolo di *gatekeeping* che la sentenza gli assegna. Brewer sostiene che l'“epistemic due process” sarebbe rispettato solo facendo convergere l'autorità epistemica e il potere decisionario nella soluzione del caso. A suo giudizio, l'unica strategia efficace per risolvere il problema affrontato da *Daubert* sarebbe istituire delle giurie di scienziati specializzate nella soluzione di casi tecnicamente complessi³⁰.

D'altro canto, si può dubitare che *Daubert*, a dispetto della retorica del movimento di opinione che ha contribuito a innescare, esprima *effettivamente* questa pretesa nei confronti di giudici e giurati e segni *davvero* una cesura rispetto al modello deferenziale proposto dalla sentenza *Frye*. Non dobbiamo dimenticare che i criteri offerti dalla Corte Suprema sono in buona parte fondati sul principio d'autorità. Come abbiamo visto, secondo la Corte Suprema, il giudice può pronunciarsi sulla scientificità della prova sulla base:

- 1) della *falsificabilità* della teoria su cui si fonda
 - ma non è affatto detto che questa falsificabilità debba essere compresa o accertata in prima persona dal giudice;
- 2) dell'indicazione del *margin*e di errore
 - ma questo margine di errore presumibilmente sarà dichiarato dallo stesso esperto chiamato a deporre;
- 3) della pubblicazione in riviste scientifiche con *peer review*

³⁰ Esistono casi in cui il diritto positivo ha tentato di realizzare ciò che Brewer immagina: casi in cui l'esperto interviene nel processo in veste di giudice. Learned Hand [1901, p. 40] dà notizia del fatto che nella storia del diritto inglese non era affatto raro che l'expertise necessaria per risolvere casi tecnicamente complessi entrasse nel processo con la convocazione di membri esperti della giuria anziché sotto forma di testimonianza. Ma qualcosa di simile accade in alcuni casi anche in Italia: basti pensare al processo minorile al quale per legge partecipano col ruolo di giudici non togati esperti in psicologia infantile.

- e le riviste verranno probabilmente selezionate sulla base della loro autorevolezza;
- 4) dell'*accettazione generale* da parte della comunità scientifica di riferimento
 - cioè precisamente sulla base del medesimo criterio raccomandato dalla sentenza *Frye*³¹.

Lo stesso Ron Allen ha notato che, nonostante le apparenti intenzioni, la Corte non ha affatto superato il modello deferenziale, per abbracciare quello che lui e Miller avevano chiamato modello educativo.

Dire ai giudici di merito di non invocare l'“accettazione generale” potrà essere marginalmente utile, ma nessuna delle questioni importanti del caso sono state affrontate. Il conflitto tra le esigenze dell'educazione e quelle della deferenza è stato ignorato, al pari del conflitto tra le assunzioni del diritto e quelle delle scienze quantitative. [...] La lista di criteri fornita dalla Corte è rilevante solo in un sistema che ammette la deferenza; nel fornire la lista, la Corte ha dato il suo *placet* alla deferenza, in modo – ne sono sicuro – non intenzionale [Allen, 1994, p. 1174, traduzione mia³²].

Un'autentica attuazione del modello educativo – spiega Allen – richiederebbe, sia al giudice in sede di ammissione della prova sia alla giuria in sede di valutazione della prova, di prescindere *del tutto* da argomenti d'autorità. L'affidabilità delle affermazioni andrebbe valutata unicamente con riguardo al loro contenuto e non con riguardo alla loro provenienza. Allen riconosce che questo modello richiederebbe un costo alle Corti: l'istruzione dei giurati in alcuni casi complessi potrebbe richiedere mesi; in alcuni casi limite, i giurati potrebbero trovarsi a rinunciare a delle prove che semplicemente non comprendono, circoscrivendo il compendio di informazioni sulla base delle quali la decisione viene presa. Ma solo questo consentirebbe di attuare a pieno gli ideali di razionalità che stanno alla base del processo di *common law*. All'obiezione che i giudici e i giurati potrebbero non essere in

³¹ Secondo l'epistemologo Alvin Goldman le indicazioni di *Daubert* sono altamente ambigue e di fatto hanno portato i giudici a seguire standard di giustificazione distinti tra loro:

“The message of *Daubert*, however, seems confusing and ambiguous, and subsequent decisions have reinforced the impression of ambiguity. When the Supreme Court itself acted, after *Daubert*, in a landmark case concerning silicone breast-implant litigation, it ostensibly approved the loosest and least scrupulous of gatekeeping functions. But an important recent decision of a Circuit Court concerning breast-implant litigation, also under the aegis of *Daubert*, observed quite tight criteria for testimonial admissibility” [Goldman, 1999, p. 306].

³² Testo originale:

“Telling the lower courts not to mechanically invoke “general acceptance” may prove marginally helpful, but none of the important questions in the case were addressed. The conflict between the demands of education and deference were ignored, as was the conflict between the assumptions of the law and the assumptions of quantitative science. [...] The list of criteria provided by the Court is only relevant to a system willing to defer; by providing the list, the Court, although I am sure unintentionally, gave sustenance to deference”.

grado di comprendere le teorie necessarie per risolvere i casi giudiziari che li occupano, Allen risponde in questo modo:

I deficit dei *fact finders* non sono *cognitivi*, sono *informativi*. Giudici e giurati sono sprovvisti di conoscenza riguardo a vari rami della ricerca umana, come d'altronde tutti noi, ma non c'è ragione di ritenere che, con l'istruzione [da parte degli esperti, nel contesto del processo] non possano padroneggiare le materie rilevanti [Allen, 1994, p. 1959, traduzione mia³³].

Tuttavia, Allen non fornisce nessun esempio di un ordinamento che abbia concretamente attuato ciò che lui e Miller chiamano modello educativo nell'interazione tra giudici ed esperti.

Ciò che intendo sostenere è che per quanto si voglia aderire al modello educativo, almeno un margine di deferenza epistemica *non può mai* essere eliminato dal processo. Possiamo imporre al giudice di fare un uso minore o più circoscritto di ragioni deferenziali nel compimento di inferenze probatorie, ma eliminare del tutto le circostanze in cui il giudice si affida a un esperto per impegnarsi alla correttezza di un ragionamento è irrealistico e comunque non desiderabile. Nemmeno nel caso in cui si selezionassero, come ha proposto Brewer, collegi giudicanti composti di esperti, la deferenza epistemica potrebbe essere del tutto eliminata dal processo. Per rendersi conto di questo occorre allargare lo sguardo, dimenticare per un momento il contesto giudiziario e introdurre la nozione di divisione del lavoro epistemico.

3. La divisione del lavoro epistemico

3.1. La crescente dipendenza dagli esperti

Negli anni Ottanta, Thomas Landauer sulla base di alcuni esperimenti sostenne che un cervello umano adulto può contenere al massimo mezzo gigabyte di informazioni, circa un sedicesimo di quanto attualmente contiene una comune pendrive USB. Questa cifra ridimensionava di moltissimo quella di 12,5 exabyte, stimata da Von Neumann negli anni cinquanta basandosi sulla somma di tutti gli impulsi neurali che si verificano nel cervello nella vita media di un essere umano [Landauer, 1987, p. 477]. Benché sia contestabile l'idea stessa di poter calcolare con precisione – e in particolare, con queste unità di misura – la quantità di conoscenza immagazzinabile da un singolo individuo, resta il

³³ Testo originale:

“The deficits of juridical fact finders are not cognitive; they are informational. Judges and jurors lack knowledge about various branches of human inquiry, as we all do, but there is little reason to believe that, with instruction, they could not adequately master the relevant fields”.

fatto che la capacità informativa di un cervello umano è caratterizzata da limiti biologici fissi, di hardware per così dire, e non è mutata in modo significativo negli ultimi 150000 anni. Nonostante ciò, si può osservare che ciascuno di noi beneficia oggi di un gran numero di conoscenze collettive di cui un uomo preistorico non disponeva. In altre parole, più cresce la quantità di conoscenze collettivamente possedute dagli esseri umani più diminuisce la percentuale della conoscenza disponibile che ciascun essere umano individualmente ospita nel proprio cervello. Poiché la quantità di informazioni gestite dalla specie umana è andata sempre crescendo nel corso della storia, pur a fronte di una memoria biologica essenzialmente immutata di ciascun suo esemplare, è ragionevole ritenere che ci sia stato e continui a esserci un progressivo incremento della dipendenza informativa di ciascun individuo rispetto a elementi esterni. Considerati come individui, non sappiamo di più dei nostri antenati preistorici, ma probabilmente molto meno. Come nota Yuval Noah Harari, la storia umana si caratterizza in realtà per una progressiva perdita da parte di ciascun individuo di conoscenze e competenze di base necessarie per la sopravvivenza. Queste ultime nel corso dei millenni in modo sempre più capillare sono state delegate e sostituite da rapporti di collaborazione e specializzazione³⁴.

Nel corso della storia, lo sviluppo della conoscenza umana è andata di pari passo con l'incremento della dipendenza epistemica di ciascun individuo rispetto agli altri. Per rendersi conto di questo basta riflettere sul mutamento di alcune attività comuni della vita quotidiana, come la scrittura, la locomozione, il procacciamento degli alimenti e così via. Fino a poche decine di anni fa, l'attività di scrittura comportava l'uso di strumenti come la penna e l'inchiostro di cui l'utilizzatore medio comprendeva perfettamente il funzionamento. Oggi invece nella maggior parte dei casi si scrive con un computer, uno *smartphone* o un *tablet*, strumenti che operano sulla base di algoritmi decifrabili solo da una minima parte degli esseri umani. In questo preciso momento, per scrivere, mi sto servendo

³⁴ Così scrive Harari:

“Sapiens did not forage only for food and materials. They foraged for knowledge as well. To survive, they needed a detailed map of their territory. To maximise the efficiency of their daily search for food, they required information about the growth patterns of each plant and the habits of each animal. They needed to know which foods were nourishing, which made you sick, and how to use others as cures. [...] In other words, the average forager had wider, deeper and more varied knowledge of her immediate surroundings than most of her modern descendants. Today, most people on industrial societies don't need to know much about the natural world in order to survive. What do you really need to know in order to get by as a computer engineer, an insurance agent, a history teacher or a factory worker? You need to know about your tiny field of expertise, but for the vast majority of life's necessities you rely blindly on the help of other experts, whose own knowledge is also limited to a tiny field of expertise. The human collective knows far more today than did the ancient bands. But at the individual level, ancient foragers were the most knowledgeable and skillful people in history” [Harari, 2011, p. 55].

di un *MacBook Air*, un artefatto estremamente complesso utilizzato da milioni di persone nel mondo che come me ignorano totalmente i processi causali che lo fanno funzionare. Presumibilmente non esiste un singolo essere umano sul pianeta che sia in grado di spiegare il funzionamento di tale strumento in ciascuna delle sue componenti³⁵.

3.2. *L'illusione di profondità esplicativa*

Ma non occorre fare riferimento alle tecnologie quasi esoteriche consegnateci dalla rivoluzione digitale per rilevare la nostra sistematica dipendenza dalla conoscenza di esperti. Secondo gli scienziati cognitivi Steven Sloman e Philip Fernbach, la diffusa ignoranza nel funzionamento di una banale toilette ne è un buon esempio [Sloman e Fernbach, 2017, pp. 14 ss.]. Tutti sappiamo come si usa un water, e la maggior parte di noi probabilmente sosterebbe anche di sapere spiegare come funziona. In realtà, il livello di comprensione che la maggior parte di noi ha di un WC è assolutamente superficiale e pochi di noi sarebbero in grado di spiegare esattamente le proprietà causali e la funzione di ciascuno degli elementi che lo compongono.

Ciò che si evince da alcuni studi [Rozenblit e Keil, 2002], è che, nonostante una diffusa percezione di comprensione, pochissimi di noi conoscono nel dettaglio il sofisticato meccanismo, inventato diverse centinaia di anni fa, che sta alla base di un moderno sciacquone. Per indicare la nostra tendenza a credere di avere del mondo una comprensione migliore di quella che effettivamente abbiamo, gli psicologi parlano di un'*illusione di profondità esplicativa (illusion of explanatory depth)*³⁶ [Mills e Keil, 2004; Keil, 2005]. Altri esperimenti analoghi hanno evidenziato il medesimo fenomeno. Rebecca Lawson, psicologa dell'Università di Liverpool, in un esperimento condotto nel

³⁵ Ricavo questa informazione da un articolo dedicato alla storia del laptop pubblicato su una rivista online inglese dedicata alla divulgazione informatica:

“You are holding one of the most advanced machines ever built in the history of humanity. It is the result of trillions of hours of R&D [research and development] over tens of thousands of years. It contains so many advanced components that there isn't a single person on the planet who knows how to make the entire thing from scratch” [Anthony, 2015].

³⁶ Questa illusione avrebbe una giustificazione evolutivista:

“Since it is impossible in most cases to fully grasp the causal chains that are responsible for, and exhaustively explain, the world around us, we have to learn to use much sparser representations of causal relations that are good enough to give us the necessary insights: insights that go beyond associative similarity but which at the same time are not overwhelming in terms of cognitive load. It may therefore be quite adaptive to have the illusion that we know more than we do so that we settle for what is enough. The illusion might be an essential governor on our drive to search for explanatory underpinnings; it terminates potentially inexhaustible searches for ever-deeper understanding by satiating the drive for more knowledge once some skeletal level of causal comprehension is reached” [Rozenblit e Keil, 2002, p. 562].

2006, ha chiesto ad alcuni studenti universitari di psicologia di completare un disegno schematico di una bicicletta, in cui mancavano alcuni dettagli, come la catena e i pedali. Circa metà degli studenti, compresi alcuni ciclisti esperti, che pure prima dell'esperimento affermavano di sapere esattamente come funziona una bicicletta, non erano in grado di rappresentare neppure in modo molto schematico il meccanismo che trasmette il moto dal pedale alle ruote attraverso la catena. Uno dei partecipanti avrebbe commentato "I think I know less than I thought!" [Lawson, 2006, p. 1667].

Secondo Sloman e Fernbach, il mondo contemporaneo ci dà una costante illusione di comprensione profonda, perché i nostri processi cognitivi, così come i nostri comportamenti, di norma, sono efficientemente integrati dal punto di vista funzionale a processi cognitivi altrui³⁷ e le conoscenze altrui ci permettono di conseguire i nostri obiettivi tanto quanto quelle di cui siamo personalmente portatori³⁸. La deferenza epistemica è efficiente perché fin da molto piccoli, dai tre anni di età, siamo in grado di riconoscere con una certa accuratezza l'expertise in altri [Lutz e Keil, 2002]. Questa mutua dipendenza cognitiva non è un fenomeno culturale contingente, bensì un tratto biologico distintivo della nostra specie³⁹. Fenomeni di comunicazione e apprendimento sociale sono in misura minore

³⁷ Per così dire, nostra mente *esternalizza* quanto più possibile i suoi contenuti. E quando questa esternalizzazione non comporta un pregiudizio pratico, tendiamo a illuderci che non si sia mai verificata:

"The knowledge illusion occurs because we live in a community of knowledge and we fail to distinguish the knowledge that is in our heads from the knowledge outside of it. We think the knowledge we have about how things work sits inside our skulls when in fact we're drawing a lot of it from the environment and from other people" [Sloman e Fernbach, 2017, p. 265-6].

³⁸ Una delle fondamentali caratteristiche che qualificano un atteggiamento proposizionale come una credenza (*propositional attitude*) è la capacità che esso comporta di tradurre desideri in intenzioni:

"Believing that performing action *A* would lead to event or state of affairs *E*, conjoined with a desire for *E* and no overriding contrary desire, will typically cause an intention to do *A*" [Schwitzgebel, 2015].

Ebbene, per esempio, le credenze affidate alla memoria altrui ci consentono al pari di quelle fissate nella nostra personale memoria biologica di formare intenzioni coerenti coi nostri obiettivi e agire di conseguenza: le une e le altre da questo punto di vista possono risultare fungibili sotto il profilo cognitivo per un individuo che viva in una società ben organizzata.

³⁹ La divisione del lavoro cognitivo è un tratto distintivo dell'*homo sapiens*, da sempre:

"There has always been what cognitive scientists like to call a division of cognitive labor. From the beginning of civilization, people have developed distinctive expertise within their group, clan, or society. They have become the local expert agriculture, medicine, manufacturing, navigating, music, storytelling, cooking, hunting, fighting, or one of many other specialties. One individual may have some expertise in more than one skill, perhaps several, but never all, and never in every aspect of any one thing" [Sloman e Fernbach, 2017, p. 36].

osservabili anche in altre specie⁴⁰, ma è l'uomo l'animale culturale per eccellenza. E una caratteristica fondamentale che consente agli uomini di sviluppare la loro cultura e trasmetterla di generazione in generazione è appunto la cosiddetta *divisione del lavoro epistemico*⁴¹.

Nel lavoro di Sloman e Ferbach, questo discorso si associa a un più generale rifiuto di considerare il cervello individuale come sede esclusiva delle facoltà cognitive [Sloman e Ferbach, 2017, p. 177]. L'idea che la mente umana dipenda funzionalmente dall'ambiente sociale in cui opera, infatti, si intreccia nelle scienze cognitive contemporanee con una più generale messa in discussione della concezione della mente umana come entità autonoma, disincarnata e isolata rispetto al mondo materiale che ci è stata tramandata dalla tradizione cartesiana⁴².

⁴⁰ Nel 1921, a Swaythling, in Inghilterra, la cincina (*Cyanistes caeruleus*) imparò a rubare il latte dalle bottiglie consegnate dai lattai, bucando con il becco la lamina metallica allora usata per tapparle. L'informazione circa il procedimento da adottare per bucare la lamina metallica con il becco si diffuse socialmente, negli anni 30, dapprima nel resto del Regno Unito e poi nelle comunità di cincine di tutta Europa [Fisher e Hinde 1949; Fischer e Hinde, 1951; Lefebvre, 1994]. Un classico dell'etologia sul tema del comportamento culturale di animali non umani è Mainardi [1974]; sul punto v. anche Laland e Bennett [2009].

⁴¹ Sul tema v. ad esempio Baumeister [2005]. Baumeister sostiene che uno dei principali vantaggi evolutivi dello sviluppo di una cultura è, insieme alla trasmissione sociale della conoscenza, la divisione del lavoro, epistemico e non: “[T]here are powerful and undeniable benefits that come from [the] division of labor. Cultural beings can therefore accomplish a great deal more than noncultural beings, even if their capabilities are identical. [...] A culture can produce a system in which many different parties perform different roles and exchange their outputs, so as to improve the lot of everyone. In this way, cultural animals can cooperate and reciprocate far beyond the intimate circle that limits social animals. A culture is a system. To the extent that nature designed us for culture, it prepared us to be part of a system. Systems connect up multiple individual points (called nodes) so that the total can be more than the sum of its parts. For this, different roles are vital. A system in which every node was identical, doing exactly the same thing, would not be much of a system. In contrast, systems that link together different nodes that accomplish different things can be extremely powerful and can produce huge gains in productivity” [Baumeister, 2005, pp. 34-35].

La divisione del lavoro è efficace proprio perché si produce culturalmente e non biologicamente:

“In principle, people could be biologically slated for different roles, but this system would not function effectively, partly because of inflexibility. For example, if someone were biologically slated to be a blacksmith and performed well, he might prosper and hence reproduce, and the result could be a dozen children, all of whom were biologically slated to be blacksmiths. But if the village only needs one blacksmith, the rest would starve. Instead, the remarkable biological adaptation is to produce a flexible self that secures acceptance within the group and then seeks out or creates a more or less unique role for itself” [Baumeister, 2005, p. 45].

⁴² Tre importanti tesi vanno menzionate in proposito. La tesi della *embodied cognition* sostiene che le funzioni cognitive sono un prodotto di parti del corpo differenti rispetto al cervello: senza gli organi di senso e la capacità di interagire col mondo esterno la mente umana non si sarebbe evoluta con le caratteristiche che le sono proprie. Perciò la comprensione

3.3. *La mente estesa*

Tesi analoghe sono state esplorate anche in ambito filosofico. Già alla fine degli anni novanta, Andy Clark e David Chalmers [1998, p. 7 ss.], in un loro noto contributo sulla nozione di *mente estesa*, sostenevano che la capacità degli uomini di immagazzinare informazioni ha beneficiato in modo considerevole dalla loro capacità, per così dire, di *esternalizzare* il contenuto della propria mente. L'uomo, cioè, si sarebbe evoluto in modo da massimizzare la razionalità nell'organizzazione della conoscenza, riducendo il carico mnemonico e sfruttando elementi esterni alla memoria biologica quale supporto di informazioni⁴³. Secondo Clark e Chalmers, elementi interni ed esterni al cervello interagiscono in un processo funzionalmente unitario, tanto che sarebbe illegittimo considerare il sistema cognitivo di ogni individuo limitato ai processi che hanno luogo all'interno della sua scatola cranica⁴⁴.

delle funzioni cognitive, come ad esempio la formazione dei concetti, non possono essere studiate indipendentemente da funzioni più marcatamente corporee come il movimento, la propriocezione, la vista, l'udito, il tatto, l'olfatto eccetera. Da questa teoria ne emerge un'altra: la tesi della *embedded cognition* che mostra che la mente dipende nel suo funzionamento dall'ambiente fisico e sociale in cui opera: l'evoluzione umana ha sviluppato strategie per scaricare il lavoro cognitivo del cervello sull'ambiente. La tesi della *extended cognition* infine è la tesi secondo cui la cognizione stessa si estende oltre i limiti di un singolo organismo. Secondo questa prospettiva, non solo l'ambiente fisico e sociale è necessario per il funzionamento del sistema cognitivo di un agente, ma si può addirittura dire che tali elementi ambientali siano *costitutivi* del sistema cognitivo stesso. Per una panoramica su questo tema, cfr. Wilson [2011].

⁴³ I due autori insistono sul vantaggio evolutivo che questa esternalizzazione comporta:

“It certainly seems that evolution has favoured onboard capacities which are especially geared to parasitizing the local environment so as to reduce memory load, and even to transform the nature of the computational problems themselves” [Clark e Chalmers, 1998, p. 11].

⁴⁴ Non c'è una distinzione netta tra l'utilizzatore e i suoi strumenti:

“Much of what we commonly identify as our mental capacities may [...] I suspect, turn out to be properties of the wider, environmentally extended systems of which human brains are just one (important) part. This is a big claim, and I do not expect to convince the skeptics here. But it is not, I think, quite as wild as it may at first appear. There is, after all, a quite general difficulty in drawing a firm line between a user and a tool. A stone held in one's hand and used to crack a nut is clearly a tool. But if a bird drops a nut from the air so that it will break on contact with the ground, is the ground a tool? Some birds swallow small stones to aid digestion—are the stones tools, or, once ingested, simply parts of the bird? Is a tree, once climbed to escape a predator, a tool? What about a spider's web? Public language and the props of text and symbolic notation are, I suggest, not unlike the stones swallowed by birds. The question “Where does the user end and the tool begin?” invites, in both cases, a delicate call” [Clark, 1997, p. 214-215]. Contro la tesi che la dipendenza funzionale dei processi cognitivi e mnemonici individuali dalle percezioni dell'ambiente esterno giustifichi la nozione di mente estesa così come concepita da Clark e Chalmers, cfr. Marconi [2005].

Uno degli esempi presentati da Clark e Chalmers è quello di un uomo affetto da Alzheimer, Otto, che si serve di un taccuino per annotare tutto ciò che dimentica. Il taccuino svolge per Otto la medesima funzione cognitiva della memoria biologica, così come una protesi in alluminio può svolgere la stessa funzione di una gamba. La scrittura in effetti gioca un ruolo fondamentale nella esternalizzazione delle conoscenze, ed è presumibilmente uno degli elementi che spiega la persistente capacità dell'umanità di supportare un continuo ed esponenziale incremento delle proprie conoscenze pur a fronte di un'immutata capacità mnemonica di ciascun cervello umano. L'associazione arbitraria tra segni grafici e significati consente infatti una forte economia nel ricordare e elaborare dati: il semplice fatto di memorizzare l'alfabeto ci consente di non dover ricordare tutte le informazioni scritte di cui disponiamo. Ma, come è stato sostenuto⁴⁵, anche la divisione del lavoro epistemico può essere ricondotta al modello della mente estesa⁴⁶. La mente di ciascun membro di una comunità umana si serve sistematicamente delle menti di altri membri quali fonte di informazioni e come strumento di conservazione ed elaborazione di dati. Le conoscenze, infatti, non sono distribuite in modo omogeneo tra i membri della nostra specie, ma sono ripartite in modo non-ridondante attraverso una divisione sempre più diversificata delle competenze culturali dei singoli individui, e i processi cognitivi di ciascun individuo dipendono per il loro funzionamento dai processi cognitivi che hanno luogo in buona parte in cervelli altrui⁴⁷.

⁴⁵ Sul tema della *socially extended mind*, v. ad esempio Gallagher [2013], il quale peraltro fa proprio l'esempio della pratica del diritto come processo cognitivo socialmente distribuito: "Legal practices, the formation of legal judgments, the administration of justice, the application of law to particular cases, are, among other things (such as exercises of power) cognitive. They do not, however, happen simply in the individual brains of judge, jury, defense attorney, prosecutor, etc. Of course we usually think of judgments as happening in the privacy of one's own head. But some judgments depend on extra-neural practices and processes that guide them or that allow the manipulation and management of a large amount of empirical information" [Gallagher 2013, p. 6].

⁴⁶ Va notato che la mente altrui può avere, un po' come accade nel romanzo *Fahrenheit 451* di Ray Bradbury, esattamente la stessa funzione di un testo scritto. Lo mette in luce la teoria di Maurizio Ferraris, secondo cui la costruzione della realtà sociale ha luogo mediante iscrizioni che possono essere compiute indifferentemente su supporti materiali o supporti umani: "L'Iscrizione è la registrazione idiomantica dell'atto [...] anche semplicemente nella tabula che sta nella testa dei due contraenti" [Ferraris, 2007, p. 271]. L'ontologia sociale fondata sul concetto di *documentalità* è più estesamente sviluppata in Ferraris [2009].

⁴⁷ Come il funzionamento delle api non è spiegabile in modo accurato senza guardare all'intero alveare, così in funzionamento della mente umana non è spiegabile in modo accurato guardando ad un unico umano. Gli umani operano come un superorganismo in cui i processi cognitivi molto spesso non iniziano e terminano in un unico cervello ma si sviluppano in modo ripartito e condiviso tra più individui: "The human mind is not like a desktop computer, designed to hold reams of information. The mind is a flexible problem solver that evolved to extract only the most useful information to guide decisions in new situations. As a consequence, individuals store very little detailed information about the world in

3.4. Metodo scientifico e principio d'autorità

La storia attesta una progressiva crescita della specializzazione in qualsiasi campo del sapere: una crescita delle circostanze in cui i singoli individui, così come le istituzioni pubbliche, sono indotti ad affidarsi all'autorità di esperti. Siamo abituati a pensare all'età contemporanea, dominata dal pensiero scientifico, come a un'epoca che ormai si è affrancata dal principio di autorità quale criterio per determinare la verità di un'affermazione. Questo, tuttavia, è vero solo in relazione alla società complessivamente considerata, ma non in relazione a ciascuno dei suoi singoli componenti. Da tempo, quasi ovunque, si riconosce che il metodo che dobbiamo impiegare per discernere proposizioni vere da proposizioni false deve essere (a meno che non si tratti di proposizioni analitiche) un metodo basato sulla verifica empirica. Non sarebbe pensabile, nella maggior parte dei paesi contemporanei, che uno scienziato fosse chiamato ad abiurare e rigettare le proprie teorie scientifiche perché in contrasto con l'autorità di un testo sacro, come notoriamente accadde a Galileo nell'Italia del XVII secolo. Quasi tutti concordiamo sul fatto che la cultura non può che beneficiare da una costante messa in discussione dell'autorità delle teorie pregresse, sulla base di dati sperimentali. Ciononostante, se ci riflettiamo bene, il principio d'autorità continua a essere, probabilmente oggi ancor più che in passato, determinante come criterio epistemico individuale, sia nella vita quotidiana sia nell'ambito delle istituzioni⁴⁸.

their heads. In that sense, people are like bees and society a beehive: Our intelligence resides not in individual brains but in the collective mind. To function, individuals rely not only on knowledge stored within our skulls but also on knowledge stored elsewhere: in our bodies, in the environment, and especially in other people. When you put it all together, human thought is incredibly impressive" [Sloman e Fernbach, 2017, p. 5].

⁴⁸ Il punto è espresso in modo molto chiaro in un breve saggio di Michael Polanyi e Harry Prosch intitolato *Mutual Authority*:

"The popular conception of science says that science is a collection of observable facts that anybody can verify for himself. We have seen this is not true in the case of expert knowledge, like that needed in diagnosing a disease. Moreover, it is not true in the physical sciences. In the first place, for instance, a layman cannot possibly get hold of the equipment for testing a statement of fact in astronomy or in chemistry. Even supposing that he could somehow get the use of an observatory or a chemical laboratory, he would not know how to use the instruments he found there and might very well damage them beyond repair before he had ever made a single observation; and if he should succeed in carrying out an observation to check up on a statement of science and found a result that contradicted it, he could rightly assume that he had made a mistake as students do in a laboratory when they are learning to use its equipment. The acceptance of scientific statements by laymen is really based, not on their own observations, but on the authority that laymen acknowledge scientists to have in their special fields" [Polanyi e Prosch, 1975, p. 185].

Facciamo un esempio. La maggior parte di noi, ragionevolmente, non sarebbe disposta a mettere in discussione l'affermazione che la Terra gira intorno al Sole. La maggior parte di noi però non sarebbe in grado di giustificare questa affermazione in modo autonomo, con calcoli e sulla base di personali osservazioni empiriche. Questo non è vero solo per le persone comuni, ma anche per gran parte degli scienziati. In un'intervista a *Scientific American*⁴⁹, il premio Nobel per la chimica 1996 Harry Kroto ha raccontato di aver chiesto, durante un suo discorso al *Lindau Nobel Meeting* del 2011, quanti dei presenti fossero d'accordo con l'affermazione di Galileo secondo cui la Terra gira intorno al Sole. Quasi l'intera platea, composta di scienziati e studenti in materie scientifiche, alzò la mano. Dopo di che, domandò quanti dei presenti tra il pubblico conoscessero nel dettaglio le prove decisive che stanno alla base di quell'affermazione. Quasi nessuno dei presenti alzò la mano.

Il prodotto del metodo scientifico, che rigetta in quanto tale il ricorso all'autorità quale criterio di verità, consiste in affermazioni che alla maggior parte delle persone sono disponibili solo sotto forma di opinioni autorevoli [Hardwig, 1985; 1991]. Pur non avendo idea di quali siano i dati empirici che ne confermano l'esistenza, tutti crediamo che esistano entità quali gli elettroni, le proteine, il colesterolo e agiamo sulla base di credenze che presuppongono queste entità. Molte persone per esempio tengono sotto controllo il proprio consumo di formaggio sul presupposto che il formaggio aumenti l'accumulo di colesterolo e così il rischio di malattie cardiovascolari, ma quasi nessuno dispone *personalmente* di prove empiriche a sostegno di questa correlazione causale, e molti di noi non saprebbero nemmeno dare una definizione corretta della parola "colesterolo". La deferenza epistemica che osserviamo verso gli esperti (talora associata, come vedremo nell'ultimo capitolo, a una deferenza semantica nell'individuazione del riferimento di determinate parole, come per esempio appunto la parola "colesterolo") rappresenta un atteggiamento che ci appare perfettamente razionale. Più cresce la profondità, la ricchezza e l'utilità delle conoscenze specialistiche disponibili più diventa irragionevole informare le proprie azioni e affermazioni unicamente all'esperienza personale.

3.5. *La divisione del lavoro epistemico nell'applicazione del diritto*

Quando riflettiamo sul ruolo degli esperti nel processo e ci domandiamo in che misura sia legittimo per un giudice affidarsi alla loro autorità nella soluzione di una controversia giuridica dobbiamo tenere presente tutto questo: la mente umana è fatta per lavorare in modo sociale, benché molto spesso

⁴⁹ L'intervista è disponibile in *podcast* sul sito di *Scientific American* all'indirizzo: <https://www.scientificamerican.com/podcast/episode/nobel-laureate-harry-kroto-the-thre-13-07-25/> (ultima consultazione: giugno 2019).

non ce ne rendiamo conto, a causa del fenomeno psicologico noto come illusione di profondità esplicativa. Lo scetticismo per le credenze che ci derivano dalle capacità inferenziali di altri individui è paragonabile allo scetticismo per le conoscenze che derivano dai nostri sensi o dalla nostra memoria o dalle nostre stesse capacità inferenziali. Si tratta di una posizione interessante sul piano filosofico, di cui naturalmente occorre tenere conto nel valutare il grado di affidabilità delle informazioni di cui ci serviamo. Ma non ci sono argomenti decisivi per privilegiare le conoscenze individualmente acquisite, rispetto a quelle ottenute per il tramite o con l'aiuto dei nostri simili⁵⁰. Il giudice non può prescindere, nella valutazione delle prove, dal principio di autorità perché nessuno di noi può prescindere. La nostra vita epistemica è intessuta di credenze che si fondano sull'autorità degli esperti e questo è parte del funzionamento biologico della cognizione umana per come si è evoluta. Nell'*homo sapiens*, più cresce la conoscenza, più cresce la divisione del lavoro epistemico.

Per avere un'idea della crescente importanza della figura dell'esperto in sede giudiziaria, pensiamo a come si è evoluto e istituzionalizzato, nel corso della storia, nella penisola italiana, il ricorso al sapere medico da parte dei giudici. Nel diritto romano, la figura del perito medico semplicemente non esiste [Florian, 1961, p. 517]⁵¹. Le prime forme di perizia si sviluppano solo nel medioevo, in età comunale: per lo più si tratta di rudimentali autopsie, ispezioni per l'accertamento dello stato di gravidanza, e in alcuni casi valutazioni della capacità di un soggetto di sopravvivere alla tortura giudiziaria. Il rapporto di collaborazione relativamente stabile che si instaura tra il sistema giudiziario e medici (cerusici di vario livello, ostetriche e barbieri) tra il tardo medioevo e l'inizio dell'età moderna è caratterizzato alle origini da una tendenziale diffidenza della cultura giuridica nei confronti di quella medica. Ancora nel XIV secolo, per esempio, Bartolo da Sassoferrato nel suo *Tractatus de vulneribus* sostiene che la sentenza criminale fondata su una perizia medica debba essere sempre suscettibile di revisione

⁵⁰ In ambito filosofico, ci si interroga sul rapporto tra la giustificazione delle conoscenze testimoniali e la giustificazione di conoscenze non-testimoniali. Si tratta della polemica tra riduzionisti e antiriduzionisti di cui parleremo brevemente all'inizio del prossimo capitolo. Nemmeno i riduzionisti però negano in quanto tali che la testimonianza sia una fonte essenziale di conoscenza, nella maggior parte dei casi più affidabile rispetto all'indagine individuale. Cfr. Adler [2012]. Sul punto torneremo.

⁵¹ Ci sono alcuni casi isolati di protoperizia. Il Digesto ammette che il giudice possa ordinare l'*inspectio ventris* nel caso il divorziato affermi la gravidanza della moglie e questa la neghi o nel caso la vedova affermi di essere incinta del marito defunto, ma solo nel primo di questi casi l'*inspectio* deve essere compiuta da delle levatrici (tre), mentre nel secondo caso sono sufficienti cinque donne libere [Dig. XXV, 4, I]: la *ratio* di deferire l'accertamento a soggetti diversi dal giudice sembra essere più la pudicizia che l'*expertise* delle donne in fatto di gravidanza. Più assimilabile al concetto moderno di prova per esperti è invece l'intervento del un medico richiesto dal *Codex* per la riforma dei militari [Codex, XII, 35, 6].

“quia medicina non est certa” [Pastore, 1998, p. 27]⁵². Già nel secolo seguente, tuttavia, alcuni regolamenti comunali, come uno di Bologna del 1454, dettano regole precise per l’ammissione del parere medico come prova in casi di omicidio (il parere deve essere concordato da almeno due medici, di almeno trent’anni, tra quelli presenti in un elenco certificato...) [Pastore, 1998, p. 81] e, sempre a Bologna, nel 1636, la morte sospetta di un marchese, il marchese Ruini, darà luogo a una vera e propria battaglia tra esperti circa il suo possibile avvelenamento [Pastore, 1998, p. 94]. Nel Seicento, le *Quaestiones medico-legales* di Paolo Zacchia⁵³, destinate a influenzare le prassi giudiziarie di tutta Europa, fanno della medicina legale una disciplina autonoma il cui oggetto è definito da Zacchia con la formula “de rebus medicis sub specie iuris”⁵⁴. Alcuni temi però restano a lungo esclusi dal campo di applicazione della perizia medica. Per esempio, benché già criminalisti del Cinquecento, come Prospero Farinacci, sottolineassero l’importanza della perizia psichiatrica per l’accertamento dell’infermità mentale [Florian, 1961, p. 520], fino alla fine dell’Ottocento le perizie in punto di non imputabilità restano molto rare [Pastore, 1998, p. 9]. Sarà l’età del positivismo scientifico, ispiratore in Italia della Scuola Positiva del diritto penale, a mettere in primo piano l’importanza di interpellare la scienza medica anche per la determinazione delle cause psicologiche del reato.

Questi brevissimi cenni sulla progressiva espansione del ruolo dei medici in tribunale servono per stimolare una riflessione. Il progresso scientifico ha via via popolato i tribunali di ogni tipo di specialisti. L’esperto tende a diventare un soggetto istituzionalmente presente in ogni vertenza giudiziaria di qualche rilievo⁵⁵. La ragione è semplice. Man mano che la cultura umana progredisce,

⁵² La ragione alla base della diffidenza di Bartolo potrebbe essere però anche un’altra. Lo stesso Bartolo, infatti, questa volta nel *Tractatus de testimoniis*, osserva che quando il medico o l’ostetrica depongono non agiscono come testimoni, ma piuttosto come veri e propri giudici [Florian, 1961, p. 519]. L’opera del perito finisce per coartare l’autonomia del giudice nell’esercizio della sua funzione.

⁵³ Sulla monumentale opera di Zacchia, oggi liberamente consultabile su internet [Zacchia, 1751], cfr. anche Pastore e Rossi [2008].

⁵⁴ In quest’epoca, il ricorso alla perizia medica si istituzionalizza, ma lo fa adattandosi al contesto inquisitorio del tempo: l’esperto è un aiutante del giudice, di cui il giudice *peritus peritorum* può sempre, se vuole, sbarazzarsi senza fornire motivazioni. Nell’epoca barocca ancora “l’ambiente italiano coltiva una retorica del diritto, dove i fatti contano meno delle parole e il gusto tende al gesto declamatorio: nasce da questa cultura parolaia l’iperbole secondo cui ‘iudex est peritus peritorum’” [Cordero, 2006, p. 784].

⁵⁵ Secondo uno studio condotto già negli anni 1990-1991 nei Tribunali della California, in 95 processi su 100 si è fatto ricorso alla prova per esperti [Lempert, Gross e Liebmann, 2000, p. 1011] e in un altro studio si stima che si sia fatto ricorso a tale prova nel 1990 in più del 70% dei *jury trial* civili celebrati negli Stati Uniti [Anderson, Schum e Twining, 2005, p. 270] Va ricordato che negli Stati Uniti solo una minoranza delle azioni processuali danno luogo ad un effettivo processo. Molto più spesso l’azione giudiziaria si conclude con una forma di patteggiamento o transazione (*plea*

abbiamo sempre più buone ragioni per preferire, nell'accertamento della verità, i ragionamenti di esperti a quelli che ciascuno di noi può compiere in modo autonomo. Poiché scopo istituzionale del processo è l'accertamento della verità di fatti (presupposti di applicazione delle norme)⁵⁶, la scoperta di nuovi metodi per la comprensione del mondo non può che creare nuove occasioni in cui è possibile ricorrere a esperti per la determinazione della applicabilità della norma a un caso concreto. La mera possibilità empirica di servirsi di questi nuovi metodi costituisce una ragione *pro tanto* perché il ricorso a essi sia giudicato giuridicamente o moralmente obbligatorio. Lo sviluppo scientifico produce nel processo un fisiologico "assottigliamento del 'senso comune' – cioè delle conoscenze empiriche dell'uomo medio – come serbatoio delle regole di inferenza da utilizzare nel ragionamento probatorio" [Caprioli, 2008, p. 3521]. Non è ormai tanto la natura tecnica che caratterizza il *thema probandum* a determinare la presenza di consulenti tecnici e periti (ogni tipo di questione di fatto, se esaminata con sufficiente dose di approfondimento oggi richiede il ricorso a conoscenze specialistiche), quanto piuttosto la disponibilità delle parti e dello Stato a investire tempo e denaro per avere una più accurata comprensione dei fatti.

Allen [1994, p. 1160] ritiene che l'unico ostacolo a una (altrimenti desiderabile) adesione al modello educativo sia di carattere pecuniario: educare le giurie potrebbe non essere sempre possibile per ragioni di tempo e risorse. Alla luce di quanto detto, però, c'è da chiedersi se in presenza di maggiori risorse il miglior modo per investirle per un migliore accertamento della verità non sia aumentare il numero di esperti coinvolti, riducendo fino a eliminare del tutto il ruolo di soggetti privi di particolari qualifiche, come giudici e giurati, nella soluzione di questioni di fatto. Come scrive Mirjan Damaška, riflettendo sul futuro prossimo delle pratiche probatorie in sede giudiziaria:

Guardare al futuro oggi significa soprattutto parlare della progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine sui fatti.[...] Parallelamente all'utilizzo di strumenti tecnici, cresce la fiducia nelle valutazioni tecniche degli esperti: è necessario spiegare gli accertamenti che si ottengono utilizzando strumenti

bargaining, nei giudizi penali; *settlement* nei giudizi civili). Anche in sede di soluzione stragiudiziale delle controversie, è tuttavia molto comune il ricorso all'esperto.

⁵⁶ La tesi secondo cui lo scopo ultimo del processo non è l'accertamento della ordinaria verità "materiale" bensì la definizione di una diversa verità "processuale" (sostenuta come vedremo da Carnelutti e Kelsen, per esempio) non è incompatibile con l'osservazione che quest'ultima sia a sua volta funzione dell'accertamento della verità materiale di determinati fatti. Presunzioni, finzioni e limitazioni normative di vario genere concorreranno insieme ai fatti materialmente accertati nel determinare le affermazioni sui fatti che il giudice è legittimato a includere nella sentenza come presupposto di applicazione del diritto sostanziale e processuale. Contro la tesi che sia legittimo distinguere tra verità materiale e processuale v. ad esempio Ferrer [2005, p. 55-78]. Sul punto torneremo alla fine del secondo capitolo.

complicati, ed occorre stabilire il loro valore probatorio. Ma anche al di là della necessità di ricorrere ad esperti che interpretino la “silenziosa testimonianza” degli strumenti scientifici, è molto più ampia la gamma delle questioni rispetto alle quali vengono ricercate informazioni scientifiche o empiriche per dimostrare i fatti rilevanti della controversia: attualmente sono oggetto di prova molti fatti che un tempo si consideravano informazioni di senso comune che il giudice utilizzava per valutare le prove formalmente prodotte in giudizio [Damaška, 2003, p. 205].

In altre parole, ogni questione di fatto, se ha sufficiente importanza in un processo, oggi viene trattata come una *questione tecnica*. Questo fenomeno è il chiaro riflesso della divisione del lavoro epistemico che tende ad aumentare col progresso culturale di ogni comunità umana.

4. La deferenza epistemica nel processo

4.1. Perché il giudice non può non essere deferente

Il totale abbandono della deferenza epistemica, in sede processuale come altrove, è irrealistico. Il modello educativo esiste come ipotesi teorica, ma non è ragionevolmente attuabile da parte di giudici e giurati umani. Ciò perché – come abbiamo visto – una qualche forma di deferenza epistemica è una modalità irrinunciabile di funzionamento della cognizione umana per come si è evoluta. Ai nostri fini, possiamo definire la *deferenza epistemica* in questo modo:

Deferenza epistemica. S è epistemicamente deferente verso T nell'affermare u, se condiziona il suo impegno alla verità della proposizione espressa da u alla credenza che T accetti la proposizione espressa da u come vera.

Quando S è epistemicamente deferente, crede nella verità di una proposizione solo perché *si fida* dell'affermazione di T: non dispone di altre ragioni decisive, non testimoniali, per ritenerla vera⁵⁷. Ebbene, che almeno in alcuni aspetti chiave della sua attività anche il giudice debba *per forza* essere epistemicamente deferente in questo senso non lo può negare nessuno.

Quasi sempre il giudice può inferire la verità o falsità delle proposizioni da cui dipende l'esito della controversia *unicamente* dalla narrazione di persone che dichiarano di avere assistito ai fatti. Per risolvere un qualsiasi caso giudiziario, il giudice deve accertare dei fatti: fatti che normalmente si sono verificati in passato, che il giudice non ha mai percepito in modo diretto e di cui egli non ha (né giuridicamente può avere) memoria personale. Di questi fatti, che la parte onerata della prova vuole

⁵⁷ È una definizione in linea con quella di Allen: “to defer’ means to adopt someone else’s views as correct, not because you understand and agree, but because you are simply delegating that decision to someone else” [Allen, 2013, p. 50].

dimostrare, il giudice deve per forza dire se si sono verificati o meno. Di norma, l'unica alternativa alla credulità ai testimoni – quelli presentati dal soggetto che vuole provare il fatto o quelli presentati dal soggetto che lo vuole negare – è l'agnosticismo ed è un'alternativa che il giudice non può né razionalmente né giuridicamente percorrere. Sul giudice grava infatti il divieto di *non liquet*: non può non decidere. Nel tempo limitato assegnato alla trattazione della causa, tenterà di minimizzare gli errori sviluppando il suo ragionamento sulla base delle migliori prove disponibili, ma alla fine dovrà per forza decidere.

Allen e Miller non negano che la deferenza epistemica sia in molti casi inevitabile e che in particolare lo sia per forza verso testimoni oculari o documenti che attestino il verificarsi dei fatti oggetto del processo. Ciò che Allen e Miller negano è che il giudice debba per forza essere epistemicamente deferente rispetto a quelle che nella tradizione anglosassone vengono chiamate “opinions” in contrapposizione ai “facts”. In altre parole, il modello educativo ammetterebbe che giudice e giuria possano essere epistemicamente deferenti rispetto a dichiarazioni di soggetti che affermano di aver assistito a un certo fatto, ma non rispetto a dichiarazioni che sono il frutto di un'inferenza, a meno che il dichiarante non giustifichi e faccia comprendere fino in fondo al *fact finder* il fondamento della regola inferenziale su cui l'inferenza si basa. Per esempio, sarebbe legittimo per il giudice fidarsi del medico legale quando dice di avere osservato nel corso dell'autopsia un certo tipo di lesione a un organo interno, ma non sarebbe legittimo basarsi unicamente sull'autorevolezza della sua deposizione per desumere che quelle lesioni sono sintomo di un avvelenamento.

Il modello educativo, cioè, avalla la deferenza verso le percezioni dei testimoni comuni, ma non verso le inferenze degli esperti. Alla base di questo diverso trattamento, c'è presumibilmente l'idea che la deferenza verso i testimoni oculari sia inevitabile mentre quella verso gli esperti non lo sia. Poiché il giudice non era presente al momento del fatto, non può che basarsi sulla narrazione di testimoni per capire quello che è successo; ma almeno in teoria è sempre in grado di acquisire una qualsiasi expertise *educandosi* nella misura in cui ciò sia necessario per verificare la correttezza dell'inferenza nel caso concreto.

Anche questa però è una pretesa spropositata. Nemmeno dagli esperti stessi⁵⁸ infatti si potrebbe ragionevolmente pretendere che fondino le loro conclusioni sul caso *unicamente* sulla base di dati e teorie personalmente verificati, in quanto ogni campo di specializzazione complesso è un processo

⁵⁸ O dai giudici-scienziati immaginati da Brewer [1998], cui ho fatto riferimento nelle pagine precedenti.

cooperativo fondato su catene testimoniali. In particolare, lo è la scienza. Il punto è espresso in modo molto chiaro da Lipton:

La scienza non costituisce un'eccezione alla ubiquità della testimonianza. Almeno la maggior parte delle teorie che uno scienziato accetta, le accetta in base ciò che altre persone dicono. Lo stesso dicasi per la maggior parte dei dati [...]. Anche negli esperimenti che ha condotto in prima persona, lo scienziato si rifà alla testimonianza in larghissima misura [...]. Persino le sue osservazioni personali potrebbero dipendere dalla testimonianza, se l'osservazione è *carica di teoria*, perché le teorie di cui l'osservazione è carica saranno accettate dallo scienziato su base testimoniale [Lipton, 1998, p. 1, traduzione mia⁵⁹].

In altre parole, arrivati all'attuale stadio di avanzamento della cultura umana, rinunciare alla deferenza epistemica equivale a rinunciare all'unica possibile via d'accesso al sapere. Non è possibile sapere, neppure per gli stessi esperti, senza fidarsi di qualcuno. Scrive, in proposito, Hardwig:

I sapienti moderni non possono essere indipendenti e autosufficienti, neppure nel proprio stesso campo di specializzazione. Nella maggioranza delle discipline, chi non si fida non sa; chi non si fida si priva della migliore base probatoria per le proprie credenze. In un certo senso, perciò, la fiducia è spesso epistemologicamente più importante dei dati empirici o degli argomenti logici: i dati e gli argomenti sono disponibili solo attraverso la fiducia. [...] L'affidabilità dei membri delle nostre comunità epistemiche è il fondamento ultimo della nostra conoscenza [Hardwig, 1991, p. 693, traduzione mia⁶⁰].

Per il giudice spesso è impossibile determinare personalmente se una certa massima di esperienza potenzialmente rilevante per la comprensione del caso concreto è valida o è invalida, esattamente

⁵⁹ Testo originale:

“Science is no refuge from the ubiquity of testimony. At least most of the theories that a scientist accepts, she accepts because of what others say. The same goes for almost all the data [...]. Even in those experiments she did perform, she relied on testimony hand over fist [...]. Even her personal observations may have depended on testimony, if observation is theory-laden, since those theories with which it is laden were themselves accepted on testimony”.

⁶⁰ Testo originale:

“Modern knowers cannot be independent and self-reliant, not even in their own fields of specialization. In most disciplines, those who do not trust cannot know; those who do not trust cannot have the best evidence for their beliefs. In an important sense, then, trust is often epistemologically even more basic than empirical data or logical arguments: the data and the argument are available only through trust. [...] [T]he trustworthiness of members of epistemic communities is the ultimate foundation for much of our knowledge”.

Il punto è espresso anche da Sheila Jasanoff:

“Scientists, we know, are vigorous critics of each other's work, but this criticism is effective only within a basic envelope of trust that cannot be challenged without threatening the integrity of the entire scientific pursuit” [Jasanoff, 1995, p. 214].

come gli sarebbe impossibile determinare personalmente se determinati fatti a cui non ha assistito si sono verificati oppure no. In questi casi,

Se S ha buone ragioni per credere che T abbia buone ragioni per credere che p, S ha buone ragioni per credere che p [cfr. Hardwig, 1985, p. 336].

La proposta del modello educativo si basa sul pregiudizio che le ragioni testimoniali per credere nella tenuta di una regola inferenziale siano sempre meno affidabili rispetto a quelle non testimoniali. Ma le cose non stanno necessariamente così. Ci sono proposizioni per determinare la verità o falsità delle quali abbiamo più probabilità di successo se ci affidiamo alla parola di un esperto piuttosto che sulle informazioni che derivano unicamente dalle nostre percezioni, dalla nostra memoria, dalle nostre stesse capacità inferenziali. Se mi si chiede di stabilire se è vero o falso che

I farmaci beta-bloccanti influenzano i recettori di tipo β per l'adrenalina e la noradrenalina.

o se è vero o falso che

I farmaci che Giorgia assume aumentano la sua pressione arteriosa.

ho più probabilità di rispondere correttamente se leggo il foglietto illustrativo o chiedo l'opinione di un medico piuttosto che tentando di condurre in prima persona degli esperimenti. Presumibilmente, anche se fossi un medico o un farmacologo, fonderei la mia risposta a quesiti di questo tipo su ragioni *lato sensu* testimoniali: libri, lezioni di professori universitari, articoli scientifici eccetera.

Inoltre, bisogna prendere in considerazione il fattore tempo. Ogni processo, per definizione, è una serie coordinata di atti finalizzata a concludersi con una decisione in un tempo limitato. È forse sostenibile che le proposizioni di cui siamo comparativamente più sicuri sono proposizioni cui crediamo in virtù della nostra memoria, la nostra percezione, le nostre capacità inferenziali o introspettive. In questo senso limitato, le ragioni non testimoniali potrebbero sembrare epistemicamente superiori a quelle testimoniali. Ma ciò non è di per sé rilevante rispetto alla scelta del modello di interazione tra giudici ed esperti nel processo. Il problema, nel processo, è stabilire se sia più probabile che un giudice, in un certo lasso di tempo Δt dedicato all'istruzione probatoria, determini correttamente il valore di verità di una certa proposizione, che enuncia una certa regola inferenziale, servendosi *solo* di ragioni non testimoniali o *anche* di ragioni testimoniali. La risposta è certamente che è più solida la base epistemica del giudice che prenda in considerazione *anche* di ragioni testimoniali. Come scrive Hardwig:

Una credenza basata in parte su prove di seconda mano sarà superiore a ogni credenza fondata completamente su conoscenza empirica diretta ogniqualvolta le prove rilevanti siano troppo estese o troppo complesse per essere raccolte integralmente da una sola persona. In tutti i casi di questo tipo è possibile avere prove solo per mezzo della testimonianza [Hardwig, 1991, p. 693, traduzione mia⁶¹]

Un altro aspetto che va sottolineato è che la funzione epistemica della testimonianza è inscindibile dalla fondamentale *cecità* con cui ci si deve affidare ad essa. È proprio questa cecità che consente l'economia epistemica che normalmente rende la testimonianza necessaria o opportuna.

La conoscenza testimoniale ha punti di forza e potenzialmente di debolezza, tuttavia, entrambi derivano dalla medesima caratteristica: perché la testimonianza sia utile, A [il soggetto informato] non può essere già in possesso delle ragioni di B [il soggetto informatore]. Perciò, se A accetta p perché B accetta p, le ragioni di B che sono necessarie a giustificare le credenze di A sono ragioni che A non ha. Può capitare che B sia in grado di condividere con A tutte le prove necessarie per giustificare l'affermazione che p. Ma normalmente ciò non è possibile. In realtà, se A e B provengono da discipline diverse o anche solo specializzazioni diverse di una stessa disciplina, A spesso non saprà quali sono le ragioni di B e tantomeno perché siano buone ragioni per credere che p [Hardwig, 1991, p. 699, traduzione mia⁶²].

Una dipendenza epistemica non cieca, e quindi non deferenziale nel senso sopra precisato, è per lo più inutile⁶³. Si possono immaginare casi in cui il testimone *educa* chi riceve la sua testimonianza

⁶¹ Testo originale:

“[A] belief based partly on second-hand evidence will be epistemically superior to any belief based completely on direct empirical evidence whenever the relevant evidence becomes too extensive or too complex for any one person to gather it all. For in all such cases, one can have sufficient evidence only through testimony”.

⁶² Testo originale:

“Testimonial evidence has potential problems as well as strengths, however, and they arise from the same feature: in order for testimony to be useful, A cannot already have B's reasons. So, if A accepts p on B's say-so, those reasons (B's reasons) which are necessary to justify A's belief are reasons which A does not have. Sometimes it is feasible for B to share with A all the evidence necessary to justify the claim that p. But usually not. Indeed, if A and B come from different disciplines or even different specialties within the same discipline, A often will not know what B's reasons are, much less why they are good reasons for believing p”.

⁶³ In proposito fa un buon esempio Webb, commentando con favore la posizione di Hardwig:

“I do not run checks on the people I trust. It would be burdensome, indeed, if I had to check the credentials of each cartographer before I form new beliefs about the interior regions of Asia. Fortunately, it is unnecessary so to do. If I wish to form beliefs about the interior regions of Asia, I may simply believe the geographers, and there is an end on it. I do not have to rely on my own cognitive resources; I may freely borrow from the resources of others. If I do not so freely borrow, I shall be hopelessly imprisoned in an impoverished set of beliefs about only those things which I have myself experienced and can remember. I shall therefore not know what my birthday is, or who my parents are, or what country I am a citizen

ricreando in quest'ultimo lo stesso stato mentale che giustifica la testimonianza (il testimone che porta la polizia nel luogo dove afferma si trovi una bomba; l'esperto che spiega in ogni dettaglio e riproduce in aula l'esperimento che giustifica una certa legge scientifica...), ma si tratta di casi eccezionali che esulano dall'uso che *ordinariamente* facciamo della testimonianza. Nei casi ordinari di testimonianza, le ragioni dell'informato sono diverse da quelle dell'informatore. Ci serviamo di testimoni proprio perché vogliamo utilizzare *la loro parola* per giustificare le nostre credenze. Il testimone è utile nella misura in cui chi riceve la testimonianza *non può o non vuole* verificare in modo conclusivo le fonti su cui la testimonianza si basa.

Vázquez, come abbiamo visto, ritiene che il giudice non possa essere deferente almeno in un caso: quando gli esperti che rendono testimonianza sono consulenti di parte, cioè nelle situazioni in cui si può verificare la proverbiale *battle of experts*. Secondo Vázquez [2012, p. 182], in tali casi, il giudice dovrebbe analizzare *nel merito* le deposizioni e il processo dovrebbe necessariamente improntarsi a un modello educativo. Il giudice non deciderà in base a ragioni fondate sull'autorità dei dichiaranti, ma in base alle ragioni su cui i dichiaranti stessi fondano il loro convincimento. Grazie al contraddittorio sulla prova, il giudice sarà messo nella condizione di ricostruire i percorsi inferenziali che gli esperti hanno compiuto per raggiungere le loro conclusioni. Non si limiterà a valutare la coerenza interna delle affermazioni degli esperti, ma dovrà comprendere i dati empirici, i metodi e le teorie sottese al loro ragionamento⁶⁴.

of, or even if there really are such things as countries. This is a debilitating, even if not a thoroughgoing, form of skepticism" [Webb, 1993, p. 261].

Sia per Hardwig che per Webb queste osservazioni sono finalizzate a sostenere la validità del cosiddetto antiriduzionismo in materia di testimonianza, su cui torneremo nel capitolo successivo.

⁶⁴ Scrive in proposito Vázquez:

“[L]os peritos deben brindar *explicaciones* sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. Por supuesto, se requeriría de explicaciones sobre las técnicas empleadas y de por qué los resultados son válidos, una explicación suficiente para que pueda ser entendida y procesada racionalmente [...]. Sin embargo, no basta con explicaciones de los peritos, sino que es indispensable que se cuente con información empírica sobre como de hecho están funcionando dichas técnicas; una explicación no debe sustituir cierto tipo de información empírica. En este sentido, una delimitación teórica o algún tipo de explicación del método no es condición necesaria ni suficiente. Obsérvese aquí un cambio sutil pero muy importante de la fiabilidad de agentes a la fiabilidad de mecanismos no-agenciales. Para conocer la fiabilidad de mecanismos no-agenciales es indispensable hacer investigaciones empíricas para medir cuán bien están funcionando” [Vázquez, 2012, p. 200].

Anche se dovessimo accettare questa tesi, dovremo riconoscere che il vaglio di attendibilità al quale il giudice condiziona il suo convincimento non può richiedere una *totale* comprensione delle ragioni che, nella prospettiva dell'esperto, giustificano la deposizione. In condizioni fisiologiche, in cui il giudice si serve dell'esperto come una fonte di informazioni e perciò trae credenze *nuove* delle sue dichiarazioni, il giudice continuerà comunque a essere epistemicamente deferente nel senso sopra precisato: condiziona il suo impegno alla verità di una o più proposizioni al fatto che provengano dal dichiarante. In alcuni casi, il giudice, esaminando da laico il ragionamento dell'esperto o presunto esperto, rileverà errori o salti logici e scarnerà su questo presupposto la deposizione. Ma quando ciò non accade, quando cioè la deposizione risulta utile sul piano processuale, il giudice se ne servirà sulla base dell'autorità epistemica del dichiarante. Il giudice e le parti, cioè, possono sottoporre la deposizione a una *prova di resistenza*, più o meno approfondita a seconda dell'importanza e delle esigenze del processo⁶⁵, ma questa prova non esclude – ove abbia esito positivo e quindi la deposizione sia creduta – la natura deferenziale del loro rapporto con l'esperto⁶⁶.

⁶⁵ In Carponi Schittar [2001, pp. 195-201] si trovano alcune indicazioni per l'avvocato o il PM che vogliono nel corso di un controesame sottoporre l'esperto di controparte a una simile prova di resistenza. Tuttavia, la premessa da cui occorre muovere generalmente è questa:

“[N]on si ricorderà mai a sufficienza il consiglio che viene impartito di non scendere mai a competere sul terreno della conoscenza dell'esperto. Tranne in casi eccezionali nei quali l'esaminatore vanta una preparazione e un'esperienza equiparabile a quella del tecnico, una competizione di tal fatta si tradurrebbe in uno smacco – e, quel che è peggio: in uno smacco palese – per l'esaminatore” [Carponi Schittar, pp.190-191].

Nello stesso senso il classico manuale per il controesame di Wellman:

“As a general thing, it is unwise for the cross-examiner to attempt to cope with a specialist in his own field of inquiry. Lengthy cross-examinations along the lines of the expert's theory are usually disastrous and should rarely be attempted” [Wellman, 1919, p.74].

⁶⁶ A proposito di metodi che un non esperto può utilizzare per riconoscere l'expertise altrui, cfr. Goldman [1991]:

“The crucial requirement for expert identifiability is that, once candidate experts have produced their answers to target questions, there are "truth-revealing" situations in which novices and rivals can recognize which answers (if any) are correct. With enough such cases, the genuine experts can be identified. In fact, there are many domains in which such truth-revealing situations exist. Let me catalogue four homely domains of this sort: (1) prediction domains, (2) factual-record domains, (3) repair domains [...]. Prediction domains are ones in which the core questions are questions about future events, e.g., the weather, the economy, the stock market, or an upcoming election. [...] Factual-record domains can be illustrated with baseball and opera. An expert in these fields can correctly answer (from memory) questions about baseball or opera facts [...]. System-repair cases are more interesting. Whether a system (e.g., an air conditioner, an automobile, or a human body) is functioning properly or malfunctioning is frequently an uncontested, novice-detectable affair” [Goldman, 1991, p. 130].

Il vero problema, della testimonianza in generale ma anche, per quanto qui ci interessa, della gestione del rapporto con gli esperti nel processo, non è stabilire *se* possiamo servirci delle parole di altri come giustificazione per intrattenere certe credenze, ma piuttosto *in che misura e a quali condizioni* possiamo farlo⁶⁷.

4.2. Un esempio pratico

Per comprendere come realisticamente può funzionare il rapporto tra giudici e parti da un lato ed esperti dall'altro prendiamo un esempio concreto: uno stralcio dell'esame incrociato di un esperto balistico in un processo per omicidio⁶⁸. Si tratta di un processo in cui, la deposizione dell'esperto viene sottoposta a un vaglio critico molto serio. Anche qui però si dà per scontato che l'esperto, a certe condizioni, possa essere semplicemente creduto sulla parola. La deposizione dell'esperto viene sottoposta a una prova di resistenza in relazione ad aspetti di essa che appaiono problematici o controversi, ma si dà per scontato: 1) che le affermazioni che non appaiono problematiche o controverse possano essere accettate senza essere sottoposte ad alcun controllo; 2) che il superamento della prova di resistenza cui sono sottoposte le affermazioni problematiche o controverse non sia condizionato alla presenza di ragioni conclusive di carattere non testimoniale per accertarne la verità.

La consulenza tecnica del PM ha accertato col metodo del kit-tampone la presenza di una particella contenente piombo, antimonio e bario sulla mano dell'imputato. Il consulente del PM ha spiegato che poiché piombo, antimonio e bario non si combinano mai in natura, la presenza di particelle di questo tipo è associata in modo univoco con l'esplosione di un colpo d'arma da fuoco. Questa massima di esperienza non è contestata nel processo e viene accettata sulla base dell'autorevolezza della deposizione del consulente del PM e delle fonti da lui citate. La difesa vuole però dimostrare che l'imputato potrebbe essersi inquinato accidentalmente la mano maneggiando gli abiti con cui si era recato a caccia qualche giorno prima. Durante l'esame diretto, il consulente della difesa conferma che questa ipotesi è plausibile e che la sua plausibilità è sufficiente quanto meno a ingenerare un dubbio sulla colpevolezza dell'imputato. Lo standard di prova applicabile nel processo penale è quello

⁶⁷ Come vedremo nel prossimo capitolo, la disputa tra riduzionisti e antiriduzionisti, che è al centro della discussione filosofica in materia di testimonianza, è una disputa circa la natura delle condizioni alle quali una dichiarazione testimoniale può (in un certo senso di "può") essere creduta: è una disputa sulle condizioni della deferenza epistemica.

⁶⁸ Il verbale è riportato in un libro sulle tecniche di *cross examination* di Gianrico Carofiglio [2007, pp. 61-82], nel capitolo dedicato ai testimoni esperti.

“dell'al di là di ogni ragionevole dubbio”⁶⁹. La tesi della difesa è dunque che esiste un dubbio ragionevole sul fatto che sia l'imputato ad aver sparato. Dopo avere chiesto al teste le sue qualifiche (medico legale, docente di medicina legale all'università), il difensore entra nel merito, chiede quale sia il funzionamento del kit-tampone e domanda se ci siano studi che attestino casi di positività al test su persone che non hanno sparato.

CONSULENTE: Sì, questa ipotesi di positività su persone che non hanno sparato è un'ipotesi che è stata anche prospettata in un convegno a Taormina. L'ipotesi che una persona si possa inquinare pur stando accanto a uno che spara fu proprio una delle indicazioni che ci venne fornita da Scotland Yard. Era un caso in cui nella stessa auto c'erano più persone, uno aveva sparato e invece erano stati incriminati degli altri che stavano accanto e non c'entravano niente; tutto perché c'era stato questo inquinamento accidentale di persone che si trovavano nella macchina.

DIFENSORE: Di tali ipotesi di inquinamento diretto ce ne possono essere molte o no?

CONSULENTE: Ipotesi di trasferimento si possono realizzare ogniqualvolta c'è un contatto con la superficie inquinante, a sua volta inquinata.

[...]

DIFENSORE: È possibile un trasferimento di particelle da indumento ad epidermide umana, quindi da indumento a mani?

CONSULENTE: Sì.

La pretesa dell'avvocato difensore è che, sulla base dell'autorevolezza del consulente, si accetti nel processo che è quantomeno plausibile che l'imputato non abbia sparato alcun colpo il giorno del delitto, nonostante sia risultato positivo al test del kit-tampone. L'accusa procede al controesame. Il controesame distruttivo del PM ci darà un ottimo esempio di quello che ho chiamato “prova di resistenza”. Come vedremo, il presunto esperto fallirà la prova in modo piuttosto plateale. Il PM dapprima fa un approfondimento circa le qualifiche del teste chiedendogli se ha già fatto consulenze in materia di residui da sparo.

CONSULENTE: Queste le faccio raramente perché l'apparecchiatura per farle è difficile reperirla, per cui l'indagine vera e propria, cioè, andare ad analizzare, la faccio raramente.

[...]

PUBBLICO MINISTERO: Di recente, o anche non di recente, le è capitato di fare consulenze specifiche su residui di sparo su indumenti?

CONSULENTE: Personalmente io, no.

⁶⁹ Il verbale riportato risale a prima del 2006, anno in cui la formula “al di là di ogni ragionevole dubbio” fu introdotta nell'art. 533 comma primo del codice di procedura penale. Tuttavia, anche prima di allora lo standard di prova, secondo dottrina e giurisprudenza era il medesimo [Ubertis, 2015, p.175].

PUBBLICO MINISTERO: Quindi questa tematica la conosce per essersi documentato su letteratura scientifica?

CONSULENTE: Per incontri di studio.

PUBBLICO MINISTERO: In generale per la sua appartenenza alla comunità scientifica?

CONSULENTE: Dove andiamo, sentiamo, discutiamo, vediamo...

Dopo di che, adottando una tipica tecnica dei controesaminatori, riconducibile alla figura retorica nota come *cleuasma*, finge ignoranza e sminuendosi chiede all'esperto un chiarimento:

PUBBLICO MINISTERO: Qualche udienza fa abbiamo sentito il tecnico della Polizia di Stato. Alcune sue spiegazioni, a me che probabilmente non capisco bene, non sono state del tutto chiare. Vorrei che lei adesso ci chiarisse un po' meglio la dinamica fisica dello sparo.

Il consulente rapidamente si vede sottoposto a un vero e proprio esame di fisica. E quando il PM gli domanda le temperature di fusione e di ebollizione di piombo, antimonio e bario e la temperatura alla quale si formano le particelle del tipo ritrovato sulla mano dell'imputato, il supposto esperto balistico fa scena muta. Già questo contribuisce a minare notevolmente la sua credibilità. Ma il PM si spinge oltre, mostrando di essersi ben preparato per la *cross-examination*.

PUBBLICO MINISTERO: In generale lei può indicarci qualche studio scientifico che si occupi della contaminazione accidentale di tipo ambientale?

CONSULENTE: I lavori più... diciamo che i capisaldi sono quelli americani, di Wolten e collaboratori.

PUBBLICO MINISTERO: Beh, ma questi sono studi un po' vecchi, parliamo del 1977 e 1979.

CONSULENTE: Non credo che ci sia qualcosa di più aggiornato.

PUBBLICO MINISTERO: Allora lei non è a conoscenza di uno studio dell'Università di Torino dei professori o dottori Virgili e Varetto, in collaborazione con il Centro investigazioni scientifiche dei Carabinieri?

CONSULENTE: ...no, non lo conosco.

PUBBLICO MINISTERO: [...] Comunque le risulta di studi, anche questi americani, Wolten e altri, che si siano occupati della contaminazione accidentale di mani per contatto con abiti contaminati?

CONSULENTE: Mah non credo che loro abbiano fatto questo tipo di accertamenti; loro hanno fatto accertamenti su tipi di lavori [per verificare se taluni tipi di lavorazioni potessero determinare particelle omologhe ai residui dello sparo].

PUBBLICO MINISTERO: Quindi, quando lei afferma che è possibile il passaggio di residui di sparo da un abito a una mano, fa una congettura basata sulle sue cognizioni scientifiche?

CONSULENTE: Su dati...

PUBBLICO MINISTERO: Sì, dati scientifici certo. Quello che voglio dire è che la sua è una affermazione congetturale, ma lei non ha conoscenza – né per averlo verificato personalmente né per averlo letto su uno studio scientifico – di casi in cui questa contaminazione ci sia stata?

CONSULENTE: No, io non conosco, a parte questa segnalazione fatta da Scotland Yard in cui loro stessi hanno segnalato questa contaminazione...

PUBBLICO MINISTERO: No. Quella era una contaminazione di gente vicina allo sparo, non di mani per contatto con abiti, in momenti successivi allo sparo. Io le ho chiesto se...

CONSULENTE: Se conosco casi di trasferimento [da abiti a mani]? No.

PUBBLICO MINISTERO: Non ho altre domande.

Questo è un esempio di controllo particolarmente zelante sull'attendibilità di una prova per esperti. Si tratta di un processo per omicidio, in cui la pena da irrogare è sicuramente molto elevata. Non ci si potrebbe aspettare nulla del genere in un processo in cui la posta in gioco è molto minore e le risorse ragionevolmente utilizzabili sono molto più esigue: un processo civile celebrato dinanzi a un giudice di pace per un danno da mille euro, per esempio. Il pubblico ministero ha fatto un buon lavoro, adeguato alla rilevanza della reg giudicanda: un finto esperto è stato sbugiardato, destituendo di fondamento l'eccezione difensiva di un probabile assassino.

Ma supponiamo che il consulente non fosse stato così sprovveduto e che allo studio presentato dal pubblico ministero ne avesse contrapposto uno ancora più recente in cui risulta che l'inquinamento indiretto di cui si discute è dopotutto a certe condizioni possibile. Questo dimostrerebbe in modo inequivocabile la tesi assolutoria e la correttezza della prova scientifica su cui si basa? Evidentemente no. Questo ulteriore studio potrebbe a sua volta essere messo in discussione da un altro studio ancora. L'approfondimento della questione potrebbe protrarsi indefinitamente⁷⁰. Entrambe le tesi in gioco, sia quella della difesa (che ci sia una ragionevole possibilità di trasferimento delle particelle da abiti a mani) sia quella dell'accusa (che questa possibilità non ci sia), sono supportate da argomenti d'autorità: per vincere l'autorevolezza del consulente della difesa, il PM cita l'autorevole studio dell'Università di Torino. Di fatto, il consulente soccombe solo perché mostra di non conoscere questo studio e cessa così di apparire autorevole⁷¹.

⁷⁰ In effetti, uno studio [Torre, Mattutino e Vasino, 2000] successivo alla celebrazione del processo da cui è tratto il verbale qui riportato ha dimostrato la falsità della massima di esperienza, da nessuno contestata nel processo, su cui si fonda la tesi accusatoria: nel 2000, si è scoperto che non è vero che piombo, antimonio e bario si combinano solo in caso di esplosione di colpi d'arma da fuoco! Alcuni tipi di lavorazione industriale nell'ambito della fabbricazione di automobili possono produrre un inquinamento da particelle di piombo, antimonio e bario non correlato a sparo.

⁷¹ Sheila Jasanoff [1995, p. 53] scrive che quando si sottopone un testimone esperto a un vaglio di credibilità raramente è possibile dimostrare che quanto ha detto è *falso*. Molto più spesso l'esperto è smentito perché dà una rappresentazione inesatta delle fonti che egli stesso presenta come autorevoli.

Quanto intensa deve essere la prova di resistenza a cui dobbiamo sottoporre l'esperto per potergli credere? La proposta del modello educativo sarebbe quella di spingere la prova fino a eliminare del tutto ogni fiducia nei confronti dell'esperto. Ma se rifiutassimo *a priori* la possibilità di accettare anche una sola inferenza dell'esperto adottando come criterio l'autorevolezza sua o delle fonti da lui citate, di fatto destituiremmo la prova per esperti dal suo scopo istituzionale e della sua utilità. Nel caso di specie ci convinceremmo della possibilità che una particella di piombo, antimonio e bario possa trasferirsi da indumenti a mani solo conducendo appositi esperimenti concepiti *ad hoc* per il processo. Ciò non solo sarebbe estremamente costoso, ma renderebbe ridondante la presenza dell'esperto. Di fatto le perizie o le consulenze dovrebbero sistematicamente essere sostituite, ove sia possibile, tenendo conto delle competenze dei giudici e le risorse disponibili, da esperimenti giudiziali.

In conclusione, la struttura argomentativa su cui si poggia l'uso di esperti in tribunale è *necessariamente* deferenziale. L'esperto svolge la sua funzione una volta che, superato un vaglio di credibilità più o meno rigoroso, il giudice si risolve a credergli. La presenza dell'esperto in tribunale è utile solo se almeno a certe condizioni, superate certe prove di resistenza, come le abbiamo chiamate, le sue parole possono fondare un argomento *ex auctoritate*. Chiarito che il modello di interazione tra giudici ed esperti è necessariamente caratterizzato da una forma di deferenza epistemica, nel prossimo capitolo tenteremo di approfondire il problema delle condizioni di questa deferenza. In particolare metteremo a confronto la deferenza epistemica verso esperti e la deferenza epistemica verso testimoni comuni

CAPITOLO II: TESTIMONI ED ESPERTI

Introduzione

Nel 1905, un giudice conciliatore di Altavilla Irpinia si trova a decidere un curioso caso di locazione abitativa⁷². Il locatore, Luigi Camerlengo, agisce in giudizio per ottenere dai conduttori il pagamento della pigione scaduta. I conduttori convenuti, marito e moglie, però si oppongono. Sostengono che la casa è infestata dai fantasmi. La coppia richiede la risoluzione del contratto, inquadrando l'infestazione di fantasmi come vizio occulto della cosa, in base all'articolo 1577 primo comma del codice civile del 1865 allora vigente:

Il conduttore debb'essere garantito per tutti quei vizi e difetti della cosa locata che ne impediscano l'uso, quantunque non fossero noti al locatore al tempo della locazione.

I due convenuti presentano come testimoni alcuni precedenti inquilini, tra i quali una contadina di sessant'anni di nome Carmela Matto, che così dichiara:

Ho abitata la casa del Camerlengo e, durante la notte, venivo disturbata con pesi enormi sul mio corpo. Al principio credetti che erano gli spiriti dei miei morti e, siccome gli altri fittuarii sono stati disturbati anche loro, così mi convinsi che erano spiriti presenti nella casa e, per tale ragione, sloggiai dal par di essi.

Il giudice conciliatore, nonostante l'astratta fondatezza *in iure* della pretesa e l'apparente buona fede dei testimoni presentati, respinge la tesi difensiva adducendo la seguente motivazione:

La scienza moderna che è completamente positiva e si ispira al materialismo esclude, esclude totalmente questi spiriti vaganti, le di cui visioni si debbono ad esaltazioni mentali, ad isterismo ed anche a mala educazione dei bimbi, i quali anche fatti grandi, portano l'eco della paura che s'ispira loro come un po' irrequieti. [...] Data [...] l'incertezza della dottrina la quale cerca di sostenere i problemi dell'ignoto e data anche la propria esperienza, devesi necessariamente ritenere che le dichiarazioni dei convenuti, come quelle dei testimoni, se non sono false, certo sono frutto di fantasie alterate. [...] Le misteriose asserzioni dei coniugi convenuti non reggono, in ispecie nei tempi moderni, tanto diversi dal Medio Evo, né si può dichiarare risoluto il contratto di locazione.

⁷² Ricavo le informazioni riguardo a questo curioso caso e le citazioni dai relativi atti processuali da Caterina [2011, pp. 36-38].

Il ragionamento del giudice in questa sentenza è interessante perché illustra il rapporto tra due tipi diversi di giustificazione epistemica. Da un lato, quella che si fonda sulla deposizione di testimoni comuni – come la contadina Carmela Matto; dall’altro, quella che si fonda sulla deposizione di esperti. In questo caso, non si tratta di esperti chiamati a deporre a processo ma comunque di esperti, esistenti al di fuori del tribunale, la cui autorità è implicitamente invocata con l’appello che la sentenza fa alla “scienza moderna”. Se il giudice dovesse fondare il suo convincimento solo sulle informazioni che gli derivano dai suoi sensi, dalle sue facoltà di raziocinio, dalla sua memoria, con esclusione di qualunque apporto testimoniale, non disporrebbe di ragioni conclusive né per credere nell’esistenza dei fantasmi di casa Camerlengo, né per credere nella loro inesistenza. La deferenza epistemica per qualsiasi giudice è uno strumento indispensabile per conoscere i fatti – come abbiamo visto nel capitolo precedente – e lo è anche in questo caso. Ciò che il giudice deve determinare dunque non è *se* essere epistemicamente deferente, nel senso che abbiamo precisato, ma *verso chi* esserlo e *a quali condizioni*.

Il giudice concilia i dati disponibili con la seguente spiegazione. Il fatto che Carmela Matto sentisse dei pesi sul suo corpo durante la notte e li interpretasse come prova della presenza di spettri non giustifica *noi* a ritenere che tali sensazioni fossero effettivamente la prova dell’esistenza di spettri. Ci giustifica forse – data la sua apparente buona fede – nel ritenere che la signora abbia effettivamente avuto questa percezione, ma per capire ciò che da queste percezioni è possibile desumere è opportuno affidarsi alla scienza. Poiché la scienza – per quanto il giudice ne sa – rifiuta l’esistenza di fantasmi e spiega le loro presunte apparizioni con disturbi psichici o “fantasie alterate” dei testimoni, bisogna concludere che le vaghe percezioni di Carmela sono insufficienti per determinare la risoluzione del contratto. La sentenza appare ragionevole nella sua struttura. Ma perché? Quali sono le condizioni della deferenza epistemica del giudice? E quali diversi presupposti caratterizzano la deferenza epistemica verso un esperto rispetto alla deferenza epistemica verso un testimone comune? Comprimerlo è lo scopo di questo capitolo.

Prima, affronteremo il problema delle condizioni *generali* della deferenza epistemica, senza distinguere tra dichiaranti comuni e dichiaranti esperti. Più precisamente, ci concentreremo sulle condizioni che devono essere soddisfatte perché un giudice si decida di far dipendere la soluzione di un caso giudiziario dalle parole di un’altra persona, sia essa un testimone comune o un esperto. Successivamente, prenderemo in considerazione la particolare ambiguità del ruolo dell’esperto in giudizio. Da un lato, l’esperto sembra avere una funzione informativa analoga a quella di un testimone comune, dall’altro, sembra svolgere un ruolo propriamente giudicante, sostituendosi al giudice in

segmenti del suo ragionamento. Dal tradizionale dibattito teorico-giuridico sviluppatosi a proposito di questa ambiguità, ricaveremo le diverse condizioni che distinguono la deferenza epistemica verso un esperto da quella verso un testimone comune. Concluderemo indicando un limite esterno alla deferenza epistemica del giudice: il giudice si può affidare ai testimoni e agli esperti per risolvere questioni di fatto, ossia per verificare che certe proposizioni giuridicamente rilevanti sono vere, ma non per risolvere questioni di diritto, ossia per verificare quali proposizioni, se vere, sarebbero giuridicamente rilevanti⁷³.

1. Le condizioni della deferenza epistemica

Un primo problema da prendere in considerazione è dunque il seguente: che cosa giustifica in generale la nostra fiducia verso le parole di altre persone? A quali condizioni possiamo credere a quello che altre persone ci dicono? Questa domanda ha una lunga e complessa storia filosofica che non è possibile e fortunatamente nemmeno necessario ripercorrere in questa sede. Mi limiterò a fare delle considerazioni sul rapporto che esiste tra questo tema generale, per come è stato trattato in ambito filosofico, e il tema teorico-giuridico che ci interessa, ossia quello delle condizioni dalle quali il giudice può riporre fiducia in una prova dichiarativa. Non ci preoccuperemo per il momento di distinguere tra le dichiarazioni dei testimoni comuni e quelle degli esperti.

Tenterò di mostrare che non esiste una ricetta generale: il grado di giustificazione epistemica richiesto per ammettere una prova o per utilizzarla in giudizio per considerare un fatto sussistente (i due problemi naturalmente sono distinti) è fortemente dipendente dal contesto. In particolare, dipende dal diritto positivo. Il legislatore che definisce i fatti al verificarsi dei quali sono condizionate particolari conseguenze sul piano del diritto sostanziale, ha anche il potere, sul piano del diritto processuale, di compiere la scelta politica relativa al tipo e al grado di corroborazione richiesto perché il giudice consideri effettivamente sussistenti quei fatti.

⁷³ Caterina [2011, pp. 79-93] osserva che in alcune vicende statunitensi del tutto analoghe a quella di casa Camerlengo, riguardanti richieste di risoluzione del contratto di locazione o vendita per presunte infestazioni di fantasmi, sorprendentemente i giudici hanno preso posizione a favore degli inquilini superstiziosi. Ciò non perché abbiano ritenuto provata la presenza di fantasmi nell'immobile, ma sul presupposto che la mera fama di essere infestata possa rappresentare una ragione sufficiente per determinare una diminuzione del valore di una casa. La cattiva reputazione, ove maliziosamente taciuta dal venditore o dal locatore, può perciò essere invocata in giudizio dall'inquilino come causa di risoluzione. Mentre il caso Camerlengo è istruttivo perché illustra il diverso ruolo epistemico dei testimoni comuni e degli esperti, questi altri casi americani evidenziano molto bene il ruolo del giudice: quello di determinare in astratto il fatto giuridicamente rilevante da cui scaturiscono le conseguenze giuridiche.

1.1. Riduzionismo e antiriduzionismo

Tradizionalmente si ritiene che “conoscere” significhi, in una delle sue accezioni principali⁷⁴, credere nella verità di proposizioni effettivamente vere, in modo giustificato⁷⁵. Il fatto che le credenze vere che otteniamo leggendo libri, ascoltando quello che ci dicono i professori all’università o facendo delle ricerche su internet possano, almeno *ad alcune condizioni*, essere qualificate come “conoscenze” è abbastanza pacifico nell’ambito dell’epistemologia della testimonianza. È da sempre controverso invece *a quali condizioni* le credenze che otteniamo in questi modi siano giustificate e quindi a quali condizioni tali credenze, se vere, contino come effettive conoscenze. Tradizionalmente, il campo è diviso in due fazioni: riduzionisti e antiriduzionisti.

⁷⁴ La parola “conoscenza” può assumere almeno tre significati, solo parzialmente correlati. Nelle frasi “Conosco Londra”, “Conosco l’inglese” e “Conosco la risposta alla domanda che mi hai fatto” la parola “conosco” ricorre in tre accezioni diverse. In “Conosco Londra”, “conosco” indica *conoscenza diretta*, ossia la relazione percettiva con un oggetto; in “Conosco l’inglese”, indica *conoscenza competenziale*, ossia la capacità di compiere delle azioni; in “Conosco la risposta alla domanda che mi hai fatto” indica *conoscenza proposizionale*, ossia un particolare tipo di atteggiamento proposizionale [Vassallo, 2005, pp. 135-136]. L’accezione di cui si è tradizionalmente occupata la filosofia della testimonianza è l’ultima.

⁷⁵ Tutte le conoscenze, intese come conoscenze proposizionali, sono credenze vere e giustificate. Questa però non è una definizione esaustiva. Fissa delle condizioni necessarie, ma non delle condizioni sufficienti. In un famosissimo articolo di sole tre pagine, intitolato *Is Justified True Belief Knowledge?*, l’inglese Edmund Lee Gettier [1963] respinse in modo molto convincente la tesi un tempo tradizionale che giustificatezza e verità bastino per qualificare una credenza come una conoscenza. Il professor Gettier mostrò che si possono immaginare degli scenari, che nel dibattito epistemologico oggi vanno sotto il nome di *Gettier cases*, che evidenziano come un test basato su questi due soli elementi finirebbe per dare molti *falsi positivi* di conoscenza. Sulla base di questa definizione, finiremmo, cioè, per qualificare come conoscenze molti stati mentali che nessuno di noi sarebbe disposto a considerare conoscenze. Esempio mio: immaginate di essere un malvivente che dopo avere rapinato una vecchietta, armato di una pistola, si dà alla fuga. Siete inseguiti dalla polizia e trovate rifugio in un Luna Park che ospita un labirinto di specchi. Entrate nel labirinto. Ad un certo punto davanti a voi vedete l’immagine di un poliziotto. Credete che davanti a voi ci sia un poliziotto e quindi sparate. Lo specchio si infrange e dietro di lui compare un altro poliziotto che stramazza al suolo colpito dalla pallottola. Prima di sparare, credevate che davanti a voi ci fosse un poliziotto. La credenza era giustificata. Ed era vera. Ma il poliziotto che avete ucciso non è quello che avete visto. Quello che avete visto era alle vostre spalle e adesso vi sta arrestando. Credevate che davanti a voi ci fosse un poliziotto, avevate ragioni per credere che davanti a voi ci fosse un poliziotto ed era vero: davanti a voi c’era un poliziotto... eppure non avevate *conoscenza* di questo fatto. Seguendo l’insegnamento di Gettier, per evitare equivoci dovremmo dunque dire: le conoscenze non *sono*, ma *rientrano nell’insieme delle* credenze vere e giustificate. Per una discussione delle varie possibili soluzioni al problema proposto da Gettier cfr. Vassallo [2003, pp. 36 ss.].

Secondo i riduzionisti, come David Hume, la testimonianza può essere considerata una fonte di conoscenza, ma non è mai una fonte *primaria* di conoscenza. Il fatto che un soggetto esprima in modo intelligibile p, impegnandosi alla verità di p, può essere una buona ragione per credere nella verità di p, ma lo è solo a condizione che alcuni ragionamenti, compiuti in prima persona da chi riceve la testimonianza, giustifichino la correlazione tra l'impegno del testimone e la credenza del ricevente. Il ricevente non può presupporre questa correlazione, ma deve constatarla attraverso ragionamenti autonomi. In genere, si tratterà di ragionamenti di tipo induttivo⁷⁶. Per esempio: normalmente quando il mio medico mi dice che un certo farmaco mi farà guarire, guarisco; normalmente, quando chiedo a una persona che porta spasso il cane delle indicazioni stradali, riesco ad ottenere delle informazioni che si rivelano corrette e che mi consentono di arrivare a destinazione; normalmente, quando un professore dell'Università di Bologna scrive del suo campo di studi, non viene smentito dai fatti che io ho modo di osservare. Il riduzionismo si chiama in questo modo perché *riduce* la conoscenza ottenuta per mezzo della testimonianza a conoscenza ottenuta da altre fonti considerate più fondamentali⁷⁷: percezione, memoria, introspezione, capacità inferenziali (induttive, deduttive o abduttive) individuali del ricevente⁷⁸. Anche i riduzionisti però – vale la pena di sottolinearlo –

⁷⁶ Più precisamente, secondo Hume, facciamo delle generalizzazioni induttive per individuare dei tipi di testimonianze affidabili e dei ragionamenti deduttivi per giudicare affidabili specifiche testimonianze riconducibili a quei tipi. La nostra fiducia nella testimonianza deriva da “no other principle than our observation of the veracity of human testimony, and of the usual conformity of facts to the reports of witnesses. It being a general maxim, that no objects have any discoverable connexion together, and that all the inferences, which we can draw from one to another, are founded merely on our experience of their constant and regular conjunction; it is evident, that we ought not to make an exception to this maxim in favour of human testimony, whose connexion with any event seems, in itself, as little necessary as any other” [Hume, 2007, p. 80]. Rielaborando il pensiero di Hume, Faulkner schematizza il ragionamento che dobbiamo fare prima di risolverci a credere a quanto ci è stato detto da qualcuno in questo modo: “First, we can judge that any given testimony t belongs to a certain type of testimony. We clearly distinguish between different types of testimony; doctors, for instance, are trusted more than apothecaries. Second, we can judge whether or not types of testimony are credible. Our experience enables us to form this judgement because, for a certain type of testimony T, we can observe the correlation between expressions of type T testimony and the states of affairs which make the proposition expressed in each case true. Third, we can directly infer the credibility of testimony t from these generalisations. Thus justification is conferred by the following syllogism: testimony t is testimony of type T; type T testimony has been established to be credible; therefore testimony t is credible” [Faulkner, 1998, p. 305]. Per un'originale interpretazione antiriduzionista del pensiero di Hume, v. Welbourne [2002].

⁷⁷ Senza il supporto di queste altre fonti, la mera dichiarazione del testimone, dunque, *non* è una buona ragione credere alla verità della proposizione che ne costituisce il contenuto. Se S crede che p a seguito della testimonianza di T, ma non ha alcuna ragione positiva per credere che T sia affidabile, S non è giustificato nel credere che p. Perciò, non si può dire che S abbia *conoscenza* di p. Ciò nemmeno se, casualmente, p fosse una proposizione vera.

⁷⁸ Traggo questo elenco delle quattro fonti di conoscenza non testimoniali da Vassallo [2003, p. 25].

ammettono che la testimonianza sia una fonte di conoscenza indispensabile ovvero che la deferenza epistemica sia inevitabile nel senso chiarito nel capitolo precedente. Ciò su cui insistono è il fatto che questa deferenza deve basarsi su delle ragioni positive che confermino o suggeriscano la attendibilità della fonte cui si presta ascolto⁷⁹.

Secondo gli antiriduzionisti, tra i quali spicca il nome di Thomas Reid, la testimonianza è invece una fonte primaria di conoscenza: non dovremmo dubitare delle parole degli altri più di quanto non dubitiamo della nostra percezione, della nostra memoria o delle nostre stesse facoltà di ragionamento. La testimonianza al pari di memoria e ragionamento costituisce una ragione primaria per credere, nel senso che deve essere vinta da altre ragioni primarie per poter essere legittimamente disinnescata⁸⁰.

⁷⁹ È possibile distinguere diverse varianti della tesi riduzionista, più o meno esigenti e più o meno plausibili. Come segnala Lackey [2008, p. 145], per esempio, è possibile distinguere tra un riduzionismo *locale* e un riduzionismo *globale*. Il riduzionismo locale condiziona la credibilità di ogni singola dichiarazione all'individuazione di ragioni positive di carattere non testimoniale per ritenere vera quella dichiarazione; il riduzionismo globale invece condiziona la credibilità del dichiarante all'individuazione di ragioni positive di carattere non testimoniale per ritenere generalmente affidabile quel dichiarante. Ancora si può distinguere tra un riduzionismo che *vieta* di servirsi di ragioni testimoniali per giustificare la credibilità di una dichiarazione testimoniale o di un dichiarante e un altro che *ammette* che ciò possa accadere purché le ragioni testimoniali utilizzate siano a loro volta riconducibili a ragioni non testimoniali. Lipton [1998, p. 25] distingue tra un riduzionismo *delle premesse* e un riduzionismo *delle regole*: il primo richiederebbe di verificare caso per caso l'affidabilità di ogni singolo agente; il secondo richiederebbe di servirsi nell'acquisizione della testimonianza l'impiego delle medesime regole inferenziali che impieghiamo nell'acquisizione di credenze di tipo diverso. Il primo riduce le premesse testimoniali del ragionamento a premesse non testimoniali, il secondo – più plausibile secondo Lipton – si limita a ridurre le regole inferenziali utilizzate nell'acquisizione della testimonianza a regole inferenziali impiegate nel ragionamento autonomo. Un'ultima interessante distinzione è quella tra un riduzionismo *ottimista* e *pessimista*. Sia gli ottimisti che i pessimisti condividono la tesi che la riduzione a ragioni primarie sia un requisito necessario per giustificare le ragioni testimoniali, ma gli ottimisti a differenza dei pessimisti sostengono l'ulteriore tesi della effettiva possibilità di questa riduzione [Fricker, 1995, p. 394; Insole, 2000, p. 45]. Nell'epistemologia contemporanea, sono considerati riduzionisti, per esempio: Adler [1994; 2002], Fricker [1994; 1995; 2008], Lehrer [2006], Lipton [1998], Lyons [1997], Van Cleve [2006].

⁸⁰ Una delle più chiare formulazioni di questa tesi nella filosofia contemporanea è l'*Acceptance Principle* di Tyler Burge: "A person is entitled to accept as true something that is presented as true and that is intelligible him, unless there are stronger reasons not to do so" [Burge, 1995, p. 281]. Sul punto cfr. anche Burge [1997]. Nello stesso senso, Foley, secondo cui: "it can be reasonable for us to grant fundamental authority to others. Hence, it is reasonable for us to be influenced by others even when we have no special information indicating that they are reliable" [Foley, 1994, p. 55]. Nell'epistemologia contemporanea, oltre a Burge e Foley, sono considerati antiriduzionisti, per esempio: Austin [1946], Coady [1994a; 1994b], Dummett [1994], Evans [1982], Goldberg [2006], Goldman [1999; 2001], Hardwig [1985; 1991], Owens [2000; 2006], Plantiga [1993], Ross [1986], Schmitt [1999], Rysiew [2000], Sosa [2006], Webb [1993], Weiner [2003], Welbourne [1994], Williamson [1996; 2000].

Gli argomenti a sostegno di questa tesi, nella filosofia contemporanea, sono spesso fondati sul rapporto che esiste tra comprendere il linguaggio della comunità in cui viviamo e prestare una fiducia *a priori* alle testimonianze che provengono da essa [Adler, 2012]. È una concezione del linguaggio di sapore wittgensteiniano che correla l'acquisizione di facoltà linguistiche all'acquisizione di una certa *forma di vita*. Secondo Coady [1994a, p. 176] e Burge [1995, p. 284], per esempio, la stessa acquisizione del linguaggio presuppone l'acquisizione di una disposizione *a priori* a trattare le testimonianze altrui come ragioni epistemiche autonome. Ciò non significa che gli antiriduzionisti avallino una assoluta dabbenaggine nella valutazione delle testimonianze. L'antiriduzionismo non è compromesso con la tesi secondo cui la deferenza epistemica debba essere per forza *incondizionata*. Nelle versioni più diffuse, la giustificazione a credere ai testimoni è condizionata all'*assenza* di ragioni che ne indichino l'inattendibilità [Leefman e Lesle, 2018, p. 6]. Ciò che caratterizza l'antiriduzionismo è semplicemente la tesi che si debba sempre muovere da una sorta di presunzione di attendibilità.

La differenza tra queste due posizioni sembrerebbe avere un qualche risvolto pratico e per quanto qui interessa anche un certo rilievo nel contesto giurisdizionale. La tesi riduzionista sembra raccomandare, al giudice così come a qualunque altro agente epistemico, un maggiore scetticismo rispetto a quella antiriduzionista. Condiziona la credibilità dell'informatore non alla mera *manca*za di ragioni contrarie, bensì alla *presenza di ragioni positive* che giustifichino la credibilità, come per esempio un vaglio di attendibilità basato su generalizzazioni induttive. La tesi antiriduzionista, per contro, qualifica la deposizione come un fattore di per sé sufficiente ad avallare la verità piuttosto che la falsità della narrazione.

1.2. Le condizioni della deferenza epistemica nel processo

Dovendo calare, un po' grossolanamente, queste considerazioni filosofiche nella dinamica di un processo, se ne potrebbero trarre a prima vista due metodi contrapposti di valutazione della prova e, nel contesto di *civil law*, di motivazione in fatto della sentenza. Facciamo l'esempio di un processo in cui Anna, chiamata a deporre dall'accusa, affermi di avere visto, il giorno del delitto, l'imputato Bruto uscire dall'appartamento della vittima con un coltello insanguinato. Supponiamo che le parti non abbiano prodotto nessuna altra prova. A fronte di questo esiguo quadro probatorio, un giudice antiriduzionista sembrerebbe dover sempre condannare, a meno che l'avvocato della difesa non fornisca controprove a discarico. Un giudice riduzionista sembrerebbe sempre dover assolvere, a meno che il pubblico ministero (o il giudice stesso sulla base dei dati disponibili) non sia in grado di

fornire argomenti, per lo più di carattere induttivo, tali da dimostrare l'affidabilità del dichiarante⁸¹. Il giudice antiriduzionista infatti pensa di *sapere* che Bruto è uscito di casa con un coltello insanguinato sulla base della mera testimonianza di Anna; il giudice antiriduzionista no.

Le cose però non stanno proprio così. Ai fini giuridici entrano in considerazione altri fattori che rendono irrilevante *di per sé* il problema che in filosofia costituisce la materia del contendere tra riduzionisti e non riduzionisti. Per esempio, se Anna fosse imputata in un procedimento “connesso” con quello a carico di Bruto, nel senso precisato dall'articolo 12 del codice di procedura penale italiano, la sua deposizione, in base all'articolo 192 del medesimo codice, non potrebbe mai essere utilizzata se non in presenza di “riscontri esterni”. Dal punto di vista giuridico, non importa un bel nulla che per gli epistemologi la deposizione costituisca una giustificazione adeguata per rendere la credenza del giudice come un'autentica “conoscenza”. Ciò che importa non è la giustificazione tale da qualificare la credenza del giudice come conoscenza⁸². Ciò che importa è la giustificazione alla

⁸¹ A seconda del tipo di riduzionismo in questione occorrerà fornire argomenti a sostegno dell'affidabilità di *quel* dichiarante, della *categoria* di dichiaranti a cui quel dichiarante appartiene, o magari di *qualunque* dichiarante...

⁸² Addirittura sembrerebbe non essere sempre rilevante che il giudice effettivamente *creda* nella narrazione del testimone. Normalmente il giudice decide in base al suo “libero *convincimento*”, ma ci sono anche casi in cui il contesto normativo obbliga chi è chiamato a decidere a considerare provata un'ipotesi in fatto, oggetto di una testimonianza, anche se in cuor suo ritiene che la testimonianza sia falsa. È il caso di sistemi che prevedono la cosiddetta *prova legale*. Una prova legale è una prova cui il legislatore attribuisce valore probatorio in modo automatico sottraendola alla valutazione del giudice [Tuzet, 2016, p. 258]. Sembrerebbe che in questi casi la stessa verità a cui il diritto condiziona i suoi effetti cessi di essere la verità materiale e diventi una diversa verità creata dal diritto stesso. In realtà, le cose non stanno così. Si tratta di un semplice meccanismo presuntivo: la norma che prevede la prova legale non crea una verità alternativa, processuale, diversa dalla verità materiale, ma semplicemente condiziona gli effetti della norma sostanziale, anziché alla verità (materiale) dei fatti in essa letteralmente espressi, direttamente alla verità (sempre materiale) di un altro fatto (per esempio alla narrazione del fatto previsto dalla norma sostanziale da parte di alcuni testimoni qualificati). Più precisamente, muta la proposizione che deve essere vera affinché l'effetto giuridico si produca. Il fenomeno potrebbe essere inquadrato come una forma di antinomia dove la norma probatoria prevale per specialità su quella sostanziale (in quanto disciplina più specificamente l'attività di giudizio fondata sulla norma sostanziale) o più semplicemente potrebbe spiegarsi perché di fatto tra le due norme non c'è conflitto: la disposizione sostanziale – con buona pace di Kelsen – non è concepita per disciplinare direttamente l'attività del giudice. L'attività del giudice è disciplinata dalla norma ricavabile dal combinato disposto tra disposizione sostanziale e disposizione sulla prova legale. Va precisato che ci sono sensi diversi in cui la prova può essere libera o vincolata. Dwyer [2006b] osserva che la libertà può riguardare o l'ammissione di prove rilevanti oppure la valutazione delle prove ammesse. Twining [1997] distingue poi tra la libertà intesa come selezione autonoma dei criteri di ammissione o valutazione e la libertà intesa come insindacabilità in sede di impugnazione. In tema di prova legale e libera valutazione cfr. anche Damaška [1995], Dwyer [2006a], Taruffo [1992, p. 361], Tuzet [2016a, p. 255].

quale il diritto condiziona il potere punitivo del giudice. Quest'ultima, per esempio, nel caso in questione, in assenza di riscontri esterni, sicuramente mancherebbe.

Alex Stein nota che il diritto probatorio non ha come scopo principale quello di aumentare l'accuratezza nell'accertamento dei fatti giuridicamente rilevanti, ma piuttosto quello di regolare l'inevitabile condizione di incertezza in cui il giudice si trova a decidere. Definendo quali e quante prove possono essere ammesse, chi ha l'*onere* della prova e quale è il grado di giustificazione necessario per soddisfarlo, cioè qual è lo *standard* di prova, il diritto delinea i contorni di una nozione di giustificazione del convincimento del giudice, potenzialmente distinta rispetto a quella di cui si preoccupa il dibattito epistemologico. Scrive Stein:

I fatti alla base di controversie giudiziarie sono inevitabilmente incerti e la corte non sa mai esattamente se si siano verificati. Perciò invece di cercare di accertare i fatti che si sono effettivamente verificati, determina, in condizione di incertezza, quali fatti si siano probabilmente verificati. Le regole note come diritto probatorio aiutano la corte in questa determinazione. Tali regole classificano le prove come ammissibili o inammissibili. Richiedono riscontri per certi tipi di prove e determinano oneri e standard di prova per le questioni di fatto. Così facendo, le regole probatorie distribuiscono il rischio di errore giudiziario [...] tra le due parti in conflitto. La distribuzione dell'errore coinvolge la teoria della probabilità, l'economia e la filosofia morale [Stein, A., 2012, pp. 2088-2089, traduzione mia⁸³]

La domanda che si deve affrontare non è dunque

Quale tipo di giustificazione è necessaria perché la credenza del giudice fondata su una testimonianza *conti, se vera, come conoscenza?*

ma piuttosto:

Quale tipo di giustificazione è necessaria perché il giudice sia *giuridicamente autorizzato* a considerare una certa dichiarazione testimoniale *come prova?*

⁸³ Testo originale:

“The facts underlying legal disputes are inherently uncertain and courts consequently never know exactly what they are. Therefore, instead of trying to find the actual facts, courts determine what these facts are likely to be under conditions of uncertainty. The rules, known as the law of evidence, help courts make these determinations. These rules categorize evidence as admissible or inadmissible. They also require corroboration for certain types of evidence and determine the burdens and standards of proof for factual findings. By doing all that, evidentiary rules allocate the risk of error [...] to one party or another. Allocation of error brings probability theory, economics, and moral philosophy into play”.

Questa domanda però è ambigua sotto vari aspetti. Perché una cosa è domandarsi a quali condizioni una testimonianza possa essere utilizzata nel processo e un'altra cosa è chiedersi a quali condizioni il giudice (o eventualmente la giuria) possa fondare su di essa una decisione. La prima domanda riguarda l'*ammissibilità* delle prove testimoniali:

Qual è il tipo di giustificazione necessaria perché il giudice sia *giuridicamente autorizzato* a considerare una certa dichiarazione testimoniale *ammissibile*?

La seconda riguarda la *valutazione* delle prove testimoniali:

Qual è il tipo di giustificazione necessaria perché il giudice sia *giuridicamente autorizzato* a considerare una certa dichiarazione testimoniale *vera*?

Ciascuna di queste due domande però è ancora ambigua. Entrambe le domande infatti per poter avere un significato determinato devono essere contestualizzate, in uno specifico ordinamento e in uno specifico contesto decisionale. Le risposte infatti dipendono dal diritto positivo. Per stabilire quali prove il giudice debba prendere in considerazione per raggiungere la decisione bisogna avere riguardo ai *criteri di ammissibilità* della prova; per stabilire qual è il tipo di giustificazione necessaria perché il giudice possa fondare una decisione su una testimonianza bisogna avere riguardo allo *standard di prova*. La definizione sia dei criteri di ammissibilità sia dello standard di prova comporta anche delle scelte di valore che spettano al diritto e non semplicemente all'epistemologia.

Nella definizione dei criteri di *ammissibilità*, il diritto fa una scelta di valore perché bilancia il valore dell'accertamento della verità con altri valori antagonisti che possono entrare in considerazione. Questo è palese nel caso delle prove illecite. Per esempio, una deposizione estorta sotto tortura nell'ordinamento italiano è sempre inammissibile. Questo non perché il legislatore ritenga la deposizione resa sotto tortura sempre epistemicamente inaffidabile. Anche se la tortura fosse in un caso particolare il miglior modo per accertare la verità o falsità della proposizione alla quale è condizionata l'applicazione di una norma di diritto sostanziale, il diritto probatorio ne vieterebbe l'uso. La ragione sta nel fatto che il legislatore attribuisce al divieto di tortura un valore morale maggiore rispetto quello derivante dalla corretta applicazione del diritto sostanziale. Analogamente, se in futuro, lo sviluppo delle neuroscienze consentisse a degli esperti di estorcere informazioni rilevanti direttamente dal cervello dell'imputato, una simile prova solleverebbe forti dubbi di

ammissibilità – in relazione ad esempio al diritto al silenzio dell'imputato – ciò anche se la tecnica impiegata fosse del tutto affidabile sul piano epistemologico⁸⁴.

Ma anche prescindendo dal problema delle prove illecite, l'ammissione o esclusione delle prove presuppone sempre un giudizio di valore in quanto richiede al giudice o al legislatore un bilanciamento tra le esigenze di accertamento della verità (a tutela dei diritti delle persone coinvolte nel processo) e l'esigenza di non sperperare tempo e risorse processuali preziose (a danno dei diritti delle persone coinvolte in altri processi e delle finanze pubbliche). Se i giudici disponessero di tempo e risorse infiniti potrebbero ammettere anche prove *prima facie* inutili o poco affidabili per poi sottoporle in un secondo momento, nella fase di assunzione e valutazione, a un vaglio critico. Ma in condizioni normali l'ammissione della prova richiede di fare delle scelte⁸⁵. E queste scelte non possono essere compiute sulla base di criteri unicamente epistemologici⁸⁶.

Nella definizione degli standard di prova, il diritto fa una scelta di valore perché esprime una valutazione comparativa della gravità di due diversi tipi di errore giudiziario⁸⁷. Lo standard di prova è il grado di certezza che occorre raggiungere per considerare una certa ipotesi provata. Se il legislatore eleva lo standard, diminuisce la probabilità di false applicazioni del diritto, casi di *errore giudiziario positivo*, casi in cui per esempio una persona innocente viene ingiustamente condannata; se invece il legislatore abbassa lo standard, diminuisce le probabilità di false disapplicazioni del

⁸⁴ Per un'interessante discussione dell'ammissibilità di prove neuroscientifiche alla luce del quarto e quinto emendamento negli Stati Uniti cfr. Pardo, Patterson e Moratti [2014].

⁸⁵ Per un'analisi delle scelte di ammissione probatoria in prospettiva economica cfr. Posner [2009].

⁸⁶ Prendiamo ad esempio la norma di cui all'articolo 2721 del codice civile italiano, secondo cui, salvo alcune eccezioni, per provare l'esistenza di un contratto non è ammessa la prova per testimoni. Anche quando, come in questo caso, l'ammissibilità è per legge dettata da un criterio epistemologico, la selezione di questo criterio è sempre motivata *anche* da certi valori. Per esempio, sul presupposto epistemologico che la prova scritta fornisca una migliore giustificazione, il legislatore richiede che il contratto sia provato solo per iscritto perché ritiene giusto condizionare ad un certo livello di certezza le decisioni giudiziarie a tutela dell'autorità dei contratti. L'esigenza di questa certezza deve bilanciarsi con considerazioni valoriali diverse: per esempio, la testimonianza torna ad essere ammissibile, in base all'articolo 2724, quando il contraente ha *senza sua colpa* perduto il documento che gli forniva la prova. Quando poi il legislatore fa una scelta circa l'ammissibilità di una prova sulla base di criteri epistemologici si può porre un problema interessante nel caso in cui la scelta si riveli epistemologicamente errata: il giudice deve rispettare la scelta del legislatore anche se demenziale o deve ricorrere alla Corte Costituzionale perché renda la prova ammissibile? Il bilanciamento tra il principio democratico che conferisce al Parlamento la competenza di dettare le regole del processo e i principi costituzionali che risulterebbero lesi in casi concreti per la mancanza di prove stupidamente considerate inammissibili implica chiaramente scelte di valore.

⁸⁷ Sul punto, tra i tanti: Ferrer [2007; 2014; 2018], Gascón [2012], Haack [2013], Laudan [2006; 2013].

diritto, *casi di errore giudiziario negativo*, casi in cui per esempio una persona colpevole viene ingiustamente assolta. Normalmente in ambito penale, il sistema giuridico esprime una preferenza per errori giudiziari negativi; mentre in ambito civile in genere esprime indifferenza rispetto ai due tipi di errore⁸⁸.

1.3. Carattere contestuale della giustificazione epistemica

Sembrerebbe dunque che, nell'ambito giuridico, la giustificazione epistemica sia in qualche modo sovrascritta dalla giustificazione che è il diritto, caso per caso, a prevedere. La giustificazione che legittima il giudice a servirsi di una certa credenza per prendere una certa decisione non è infatti necessariamente la stessa giustificazione che fa contare quella credenza come "conoscenza".

A questo discorso si potrebbe obiettare che, anche se il diritto prevede criteri di giustificazione propri, questi criteri comunque per forza richiamano criteri epistemologici, che non dipendono dal diritto. L'obiettivo della conoscenza perciò non è indifferente al processo. Per una ragione ovvia: il legislatore nel fissare i criteri di ammissibilità e gli standard di prova, e il giudice e le parti nell'interpretarli, non possono essere indifferenti all'obiettivo di accertare la verità. Le norme giuridiche prevedono diritti, obblighi, oneri, sanzioni sempre sul presupposto della *verità* di certe proposizioni. La giustificazione giuridica della decisione deve per forza dipendere almeno in parte dalla giustificazione epistemica, perché lo scopo istituzionale del processo è sempre l'accertamento della verità.

⁸⁸ Non sempre le cose però stanno così. In ambito civile, per esempio, il giudice può emettere dei provvedimenti cautelari ogniqualvolta il ritardo nella decisione necessario per un vaglio più approfondito della pretesa rischia di arrecare un danno irreparabile al ricorrente nell'ipotesi in cui la pretesa fosse fondata. Sul presupposto di questo pericolo nel ritardo (il *periculum in mora*), lo *standard di prova* richiesto per l'emissione del provvedimento non è imparziale come sarebbe in un normale giudizio di cognizione ma si sbilancia a favore del soggetto che avanza la pretesa: perché il provvedimento sia emesso è sufficiente che la parte richiedente presenti elementi che diano una parvenza di buon diritto (*fumus boni iuris*). Un'opinione diffusa in dottrina è che maggiore è il *periculum in mora*, minore sarà il grado di giustificazione in fatto circa l'esistenza del diritto necessario per integrare il requisito del *fumus* [Recchioni, 2015, p. 508]. In questo caso e al limitato fine di questa decisione provvisoria, il diritto preferisce un errore giudiziario positivo a un errore giudiziario negativo. In ambito penale, analogamente, ci sono casi in cui il diritto, anziché preferire errori giudiziari negativi (vantaggiosi per chi secondo il diritto sostanziale avrebbe dovuto subire gli effetti del provvedimento) preferisce errori giudiziari positivi (svantaggiosi per chi ingiustamente si trova a subire gli effetti del provvedimento). Nel sequestro preventivo, ad esempio, il *fumus commissi delicti* richiesto per l'emissione del provvedimento corrisponde secondo alcune sentenze di Cassazione alla mera "indicazione di elementi dimostrativi, sia pure sul piano indiziario, della sussistenza del reato ipotizzato" [Cass. pen., sez. VI, 35786/2012; Cass. pen., sez. VI, 45591 /2013; Cass. pen., sez. VI, 28994/2014].

Questa obiezione è in parte fondata. Se il diritto fosse indifferente all'obiettivo di raggiungere credenze fondate sul piano epistemologico, sembrerebbe dover essere indifferente anche all'accertamento della verità. Se così fosse, non ci sarebbe bisogno di istruire processi e pagare dei giudici per ascoltare dei testimoni prima di prendere delle decisioni. Pertanto, il giudice deve per forza tentare di ottenere *conoscenze* riguardo al fatto sottoposto al suo giudizio per fare il proprio lavoro. Se impostiamo il discorso in questi termini dovremo subito precisare, però, – riformulando in modo un po' più sofisticato quanto detto nel paragrafo precedente – che *il tipo di conoscenza* che rileva ai fini giuridici ha delle sue peculiarità che dipendono dal contesto. In altri termini, la sensibilità al contesto di ciò che si può considerare “prova” – e quindi per quanto qui ci può interessare delle condizioni alle quali possiamo credere a un testimone in ambito giudiziario – potrebbe dipendere dalla sensibilità al contesto di ciò che si può considerare “conoscenza”.

Quest'ultima posizione è in linea con una corrente filosofica nota come *contestualismo epistemico*, in base alla quale non può esistere un parametro universale di giustificazione delle conoscenze perché non esiste un significato universale della parola “conoscenza”. Come non si può stabilire indipendentemente da un contesto discorsivo quanti centimetri o metri una cosa debba misurare per essere “alta”, così, secondo i contestualisti, non sarebbe possibile determinare, al di fuori di un contesto discorsivo specifico, il tipo di giustificazione necessaria per caratterizzare uno stato mentale come “conoscenza”. C'è un senso in cui non conosciamo davvero nulla del mondo: confrontati con l'ipotesi cartesiana di un genio maligno che inganna sistematicamente i nostri sensi, potremmo convincerci che in realtà non sappiamo davvero se esiste il mondo esterno, se davvero esistono altre persone oltre a noi, se davvero abbiamo vissuto le esperienze che crediamo di ricordare... Ma esiste un diverso senso ordinario dell'espressione “conoscere”, egualmente legittimo, in base al quale è possibile affermare con una certa sicurezza che conosciamo la nostra data di nascita o il nostro numero di telefono⁸⁹. In quest'ottica, non esiste un parametro di giustificazione universale che

⁸⁹ Cohen fa un buon esempio per mostrare la sensibilità al contesto del significato della parola “conoscere”:

“Mary and John are at the L.A. airport contemplating taking a certain flight to New York. They want to know whether the flight has a layover in Chicago. They overhear someone ask a passenger Smith if he knows whether the flight stops in Chicago. Smith looks at the flight itinerary he got from the travel agent and respond, ‘Yes I know—it does stop in Chicago.’ It turns out that Mary and John have a very important business contact they have to make at the Chicago airport. Mary says, ‘How reliable is that itinerary? It could contain a misprint. They could have changed the schedule at the last minute.’ Mary and John agree that Smith doesn't really *know* that the plane will stop in Chicago. They decide to check with the airline agent” [Cohen, 1999, p. 58].

consenta di attribuire alle nostre credenze, nell'ipotesi in cui siano vere, lo status di conoscenze. Come scrive Gail Stine:

È una caratteristica essenziale del nostro concetto di conoscenza il fatto che criteri più o meno esigenti [di conoscenza] siano appropriati in contesti diversi. Una cosa è conoscere per strada, un'altra è conoscere in un'aula scolastica, un'altra ancora conoscere in un'aula di tribunale [...]. Ciò risulta dal fatto che abbiamo standard diversi per valutare se ci sia qualche ragione per pensare che un'alternativa [a quanto crediamo] sia vera [...]. Possiamo riconoscere che alcuni filosofi sono particolarmente perversi nei loro standard (dopotutto in base ad un loro standard estremo ci sono ragioni per ritenere che esista un genio maligno) – ma non possiamo legittimamente arrivare a dire che la loro perversione sia tale da rendere il loro concetto di conoscenza irricognoscibile – infatti essi giocano su una caratteristica essenziale del concetto. Per altro verso, un filosofo scettico sbaglia se sostiene che altre persone siano in qualche modo nel torto – cioè che siano imprecise, che parlino in modo approssimativo o cose simili – quando sostengono che *sappiamo* tante cose. La teoria delle alternative rilevanti spiega perché lo scettico sbaglierebbe nel formulare simili accuse [Stine, 1976, p. 254, traduzione mia⁹⁰].

Secondo la *teoria delle alternative rilevanti*, sostenuta dalla professoressa Stine, sapere che una certa proposizione *p* è vera significa non significa avere escluso *tutte* le possibili ragioni per ritenere che non-*p* sia vero, ma significa escludere unicamente le ragioni alternative che sono rilevanti in un contesto dato. Ovviamente, se affermiamo che un soggetto conosce *p*, parte di quello che vogliamo dire è che *p* è vero e che il soggetto ha delle buone ragioni per escludere la verità di una serie di alternative a *p*. Ma non implica quasi mai che il soggetto abbia escluso *tutte* le alternative. Il grado di

Esempi come questo suggeriscono che anche l'uso della parola “conoscere” (non solo l'uso della parola “prova”) è condizionato ad uno standard di giustificazione variabile in base al contesto. Lo standard di giustificazione tipicamente dipende dalla posta in gioco in caso di errore. Per un'altra interessante analisi dell'uso della parola “conoscere” e della funzione dell'ascrizione del predicato “conosce” v. Craig [1990]: secondo Craig abbiamo bisogno della parola “conoscenza” come strumento per vagliare l'affidabilità delle nostre fonti e individuare *buoni* informatori, ma la nozione di buon informatore è soggettiva: dipende dai nostri scopi [Craig, 1990, pp. 82-85].

⁹⁰ Testo originale:

“It is an essential characteristic of our concept of knowledge that tighter criteria are appropriate in different contexts. It is one thing in a street encounter, another in a classroom, another in a law court [...]. [T]his is directly mirrored by the fact we have different standards for judging that there is some reason to think an alternative is true [...]. We can point out that some philosophers are very perverse in their standards (by some extreme standard, there is some reason to think there is an evil genius, after all) – but we cannot legitimately go so far as to say that their perversity has stretched the concept of knowledge out of all recognition – in fact they have played on an essential feature of the concept. On the other hand, a skeptical philosopher is wrong if he holds that others are wrong in any way – i.e., are sloppy, speaking only loosely, or whatever – when they say we *know* a great deal. And the relevant alternative view gives the correct account of why a skeptic is wrong if he makes such accusations”.

giustificazione per credere p che autorizza la qualificazione della credenza come “conoscenza”, nell’uso che normalmente facciamo della parola, è sempre astrattamente compatibile con l’ipotesi che l’esclusione di alcune alternative a p non sia stata giustificata.

Certamente esiste un senso di “conoscere” per il quale uno scopo del processo è *conoscere* la verità: per esempio, la verità circa il fatto che Bruto sia o non sia un assassino. Ma ciò non implica, per esempio, che il giudice incaricato di perseguire questo scopo abbia l’onere giustificare l’esclusione dell’alternativa che il mondo esterno non esista. Per il giudice, nel contesto di un processo, l’ipotetica presenza di un genio maligno, come quello immaginato da Cartesio, che inganna sistematicamente i suoi sensi non può essere un’alternativa rilevante⁹¹. Per raggiungere il grado di giustificazione tale da rendere le sue credenze (vere) “conoscenze” (anziché fortunate supposizioni), è sufficiente che il giudice escluda certe possibilità alternative, non tutte. Ciò perché il nostro uso della parola “conoscenza” è sensibile al contesto. Se il giudice crede che Bruto sia l’assassino e Bruto è effettivamente l’assassino, possiamo dire che il giudice *sa* che Bruto è l’assassino, se ha alcune giustificazioni tali da escludere che Bruto non sia l’assassino. Ma faremmo un uso molto strano della parola “sapere” se condizionassimo la sua applicazione al fatto che il giudice abbia ragioni per escludere l’ipotesi che Bruto e il processo a suo carico sia parte di un’allucinazione o di una crudele messa in scena a suo danno portata avanti, un po’ come nel film *Truman Show*, fin dal giorno della sua nascita. Il contesto che motiva l’attività epistemica in cui il giudice è coinvolto presuppone già la decisione di non prendere in considerazione queste alternative e in realtà anche molte altre molto meno bizzarre. Per esempio, il giudice non potrebbe rifiutare categoricamente di considerare come potenziale base di conoscenza *tutte* le giustificazioni epistemiche che si fondano sulla testimonianza, perché la stessa pratica del processo presuppone che la testimonianza *possa* essere utilizzata nel processo come mezzo di prova e possa essere considerata una valida giustificazione di una credenza.

Non occorre sposare, però, questa tesi filosofica e prendere posizione in generale sulla natura del “conoscere” per accettare quello che ritengo il punto più rilevante in questa sede⁹²: non è possibile

⁹¹ Come nota Pardo: “Radical skepticism [...] has no place in the law. The very act of theorizing about law’s epistemic practices presupposes a shared, public, knowable world. Without this supposition, the notion of law itself is unintelligible” [Pardo, 2005, p. 339].

⁹² Alla tesi contestualista è stato obiettato che non si tratta affatto di una teoria epistemologica *sulla natura* della conoscenza, ma solo di una teoria semantica *sulla parola* “conoscenza” [Rysiew, 2016; Feldman, 2004, p. 24; Cohen, 1999, p. 65; Bach, 2005, pp. 54-55]. Il dibattito epistemologico non è un dibattito in cui si concorda sulla capacità probatoria delle fonti a disposizione e si controverte riguardo a quali siano i criteri linguistici per chiamare quelle prove

andare a ricercare nel dibattito epistemologico una risposta al problema delle condizioni alle quali dovrebbe subordinato l'uso della dichiarazione di un testimone o un esperto, se prima non si ha riguardo al tipo e al grado di giustificazione che il contesto giuridico richiede: è il diritto che caso per caso regola il *trade-off* tra le ragioni per credere e le ragioni per agire⁹³. Anche se esistesse una soglia di sufficienza epistemica indipendente da considerazioni pratiche e contestuali, non sarebbe questa soglia quella rilevante ai fini giuridici.

Il carattere contestuale della giustificazione non implica solo che le condizioni della deferenza epistemica verso una fonte di prova dichiarativa sono diverse in ambito giuridico rispetto ad altri campi, come per esempio quello storico. Le condizioni cambiano anche a seconda dei diversi ordinamenti, dei diversi settori di uno stesso ordinamento, dei singoli procedimenti giudiziari o addirittura delle singole fasi di uno stesso procedimento. Per esempio: nel procedimento penale, lo standard di giustificazione epistemica da soddisfare per cominciare un'indagine a carico di un individuo non può essere lo stesso che è richiesto per emettere un'ordinanza di custodia cautelare in carcere; lo standard da soddisfare per emettere un'ordinanza di custodia cautelare non potrà essere lo stesso richiesto per emettere il decreto di rinvio a giudizio; lo standard da soddisfare per emettere il decreto di rinvio a giudizio non potrà essere lo stesso previsto per emettere una sentenza di condanna. Il grado di giustificazione richiesto per ciascuna decisione del giudice non può essere accertato in astratto e una volta per tutte, né dalla teoria del diritto né dall'epistemologia. Dipende dal diritto positivo.

Questo non vuol dire che la teoria del diritto e l'epistemologia non abbiano nessun ruolo nel far luce su questi temi. Al contrario hanno il compito di esaminare due profili molto rilevanti. La teoria del diritto ha il compito – che effettivamente sta cominciando a svolgere da diversi anni – di

“fonte di conoscenza”. È un dibattito relativo a *quali fonti* abbiano *quale e quanta capacità probatoria*. Questa obiezione però per l'aspetto della tesi contestualista che qui può interessarci è irrilevante. Non voglio prendere alcuna posizione sulla natura della conoscenza in generale, ma voglio solo sottolineare il carattere contestuale della soglia di giustificazione epistemica sufficiente perché *il giudice* possa dire di “conoscere” determinati fatti. Non intendo affatto dire che la qualità e quantità di *capacità probante di una data testimonianza* vari da contesto a contesto. Intendo dire che il *grado di capacità probante che è richiesto perché credere a quella testimonianza sia legittimo in sede giuridica* varia da contesto a contesto: la giustificazione epistemica *richiesta al giudice* per poter prestare fiducia ai testimoni e agli esperti è contestuale. Il fatto, per esempio, che una certa dichiarazione possa essere utilizzata dal giudice come prova del fatto narrato indipendentemente da un previo controllo di attendibilità – o in presenza di un controllo superficiale o in presenza di un controllo approfondito o ancora che non possa mai essere utilizzata... – dipende dal parametro di giustificazione rilevante.

⁹³ Sul punto, con riferimento allo standard di prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”, cfr. Tuzet [2016a, p. 295].

raccomandare al legislatore quali siano i modi migliori per formulare degli standard di prova o quali siano i criteri di ammissione od esclusione delle prove più raccomandabili⁹⁴. L'epistemologia ha il compito di comprendere in che modo questi standard e questi criteri possano essere raggiunti.

In questo lavoro, non intendo affrontare né il primo né il secondo tema. In primo luogo, perché si tratta di due temi che pur essendo rilevanti per la descrizione del rapporto tra giudice ed esperto hanno una portata molto più generale: questo lavoro invece ha come obiettivo quello di chiarire le peculiarità del rapporto epistemico che si instaura tra giudici ed esperti. In secondo luogo, perché esula dai compiti che mi propongo sia assumere una prospettiva *de iure condendo* (e quindi elaborare delle raccomandazioni per il legislatore processuale) sia allargare la mia ricerca a temi di epistemologia generale. Vorrei tentare di assumere la prospettiva del giudice, anziché quella del legislatore, e tentare di chiarire in che modo il giudice debba interagire con l'esperto in un contesto legislativo dato. Abbandonerò dunque il problema del *grado* di giustificazione a cui si deve condizionare la deferenza epistemica e mi concentrerò su un altro aspetto. Tenterò di sostenere che il *tipo* di giustificazione alla quale la deferenza epistemica verso esperti deve essere condizionata è qualitativamente diverso rispetto al tipo di giustificazione alla quale è condizionata la deferenza epistemica verso testimoni comuni.

⁹⁴ Il problema della definizione degli standard di prova è estremamente complesso, perché richiede di soddisfare due esigenze contrapposte. Da un lato è avvertita l'esigenza di rendere lo standard intersoggettivamente controllabile. Se lo standard fosse definito semplicemente con il richiamo ad un certo grado di convincimento psicologico del giudice, mancherebbe di questa fondamentale caratteristica e quindi di fatto non fisserebbe alcuna autentica regola di giudizio [Ferrer, 2018, p. 7]. L'indicazione che il giudice condanni solo quando si trova in un certo stato mentale sarebbe una pseudoregola: nessuno potrebbe mai denunciarne la violazione. Per due esempi di standard che Ferrer considera oggettivamente controllabili cfr. Ferrer [2018] per la custodia cautelare e Ferrer [2014] per la valutazione del nesso di causalità nell'illecito civile extracontrattuale. D'altro canto, però, definire gradi di certezza probatoria in modo oggettivo è estremamente complesso, secondo alcuni [González Lagier, 2018, p. 20], forse impossibile. In particolare l'uso di criteri matematici di tipo probabilistico per riformulare in sede legislativa o interpretativa le regole di giudizio sembra impossibile o comunque del tutto inadeguato al contesto processuale [Taruffo, 1992, p. 166; Taruffo, 2009a, p. 220, 2009b, p. 309; Caprioli, 2009, p. 166; Haack, 2013, p. 75]. La probabilità giuridicamente rilevante non sarebbe probabilità nel senso "frequentista", ma la provabilità, probabilità "logica" [Cohen, 1977, p. 58]. Nel senso che invece sia possibile e opportuno condurre il ragionamento probatorio in base al calcolo di probabilità cfr. per esempio Garbolino [2014].

2. Due concezioni dell'esperto

2.1. L'esperto in civil law e common law

Il ruolo degli esperti nel processo è caratterizzato da un'ambiguità di fondo. Per un verso, gli esperti hanno una funzione assimilabile a quella dei testimoni comuni: forniscono informazioni in punto di fatto all'organo deputato a decidere. Per altro verso, svolgono un'attività omologa a quella del giudice stesso. Sembra si sostituiscano ai giudici nel compimento di determinati ragionamenti: giudizi tecnici che i giudici non sono in grado di compiere, ma che *sarebbero* in grado di compiere, sulla base di fonti di informazioni indipendentemente disponibili, se solo fossero dotati a loro volta di un'educazione specialistica o di una più ampia cultura. Queste due diverse interpretazioni si riflettono nei due modelli di disciplina processuale dell'expertise, che a grandi linee caratterizzano rispettivamente gli ordinamenti *common* e *civil law*.

In tutti i paesi di *common law*, l'esperto viene tendenzialmente chiamato a deporre come testimone ed è indicato dalle parti in causa⁹⁵. Si tratta però di un tipo di testimone del tutto particolare: un testimone che a differenza degli altri non è obbligato a deporre solo su fatti che ha osservato prima del processo e che addirittura è *pagato* dalle parti⁹⁶. L'immagine spesso usata dai giuristi per descrivere lo scenario tipicamente accusatorio creato da questo modello di prova per esperti è quello della battaglia: gli esperti si affrontano sulla scena processuale come mercenari (*hired guns*) ingaggiati dalle parti come campioni in un duello per convincere la giuria (*battle of experts*) [Taruffo,

⁹⁵ Tal Golan [2008, p. 882] riconduce l'origine dell'*expert witness* a quella che gli storici del diritto inglese chiamano la *adversarial revolution*, ossia la rapida emersione nell'Inghilterra del Settecento dei principi fondamentali del processo accusatorio. Fino al 1730 circa, nel processo inglese, in particolare nel processo penale, non c'erano avvocati. Accusati e accusatori si dovevano autodifendere. In quell'epoca, c'erano ancora poche regole che limitassero la libertà del giudice nell'ammissione e assunzione delle prove e nella gestione complessiva del processo, e le parti non avevano la competenza tecnica sufficiente per assicurarsi che queste poche regole fossero effettivamente rispettate. Il processo era ancora improntato a un modello fortemente inquisitorio. Quando i giudici si servivano delle opinioni di esperti (cosa che accadeva già dal XV secolo) a volte questi deponavano come testimoni, ma più spesso operavano come suoi consulenti, se non addirittura membri della giuria appositamente selezionati [Holmes, 1901, p. 40]. Con l'introduzione della difesa tecnica, comincia invece a formarsi una ricca *case law* processuale dalla quale emergono due nuove norme circa l'escussione dei testimoni. In particolare, si affermano due dottrine: il divieto di deporre per sentito dire (*hearsay doctrine*) e il divieto di riferire mere opinioni (*opinion doctrine*). A ciascuna di queste due regole però si associa fin da subito un'eccezione: a differenza del *lay witness*, l'*expert witness* può deporre per sentito dire se l'oggetto della dichiarazione costituisce parte della sua expertise, e può riferire opinioni, ossia può formulare giudizi inferenziali rispetto al fatto, se ciò costituisce una forma di applicazione della sua expertise. L'introduzione di queste due nuove norme probatorie segnano la genesi dell'*expert witness* come istituto giuridico autonomo.

⁹⁶ Scrive icasticamente Golan [2008, p. 885]: “a freak, if you will, in the new adversarial courtroom”.

2008, p. 90]. Sebbene esistano anche nel Regno Unito e negli Stati Uniti figure di esperti nominate dal giudice che operano come consulenti imparziali, si tratta di figure marginali: nei paesi di *common law*, l'esperto nasce come figura essenzialmente di parte e continua ad operare tutt'oggi come tale in quasi tutti i processi⁹⁷.

Nei paesi di *civil law*, la disciplina dell'esperto evolve in modo diverso. La maggiore inclinazione inquisitoria dei paesi dell'Europa continentale fa dell'esperto una figura che, a differenza dell'*expert witness* anglosassone, non è assimilabile al testimone comune. Tradizionalmente, l'esperto in *civil law* non è un testimone, bensì un consulente che suggerisce al giudice un modo per interpretare i fatti di causa. Si tratta pertanto di un soggetto per lo più percepito come neutrale. L'ordinamento prevede anche norme a garanzia di questa neutralità. I codici di procedura civile francese e italiano, ad esempio, estendono all'esperto le stesse cause di ricusazione del giudice. Esistono, sì, anche nell'Europa continentale, esperti che operano come consulenti delle parti, ma il loro ruolo tende ad essere ancillare rispetto a quello del consulente del giudice⁹⁸.

Accontentiamoci di questi imprecisi cenni comparatistici perché sono sufficienti per evidenziare il punto teorico che rileva ai nostri fini: l'esperto può essere considerato o come un tipo particolare di testimone chiamato a deporre su una tipologia particolare di fatti oppure come una specie di delegatario della funzione giurisdizionale, chiamato a sostituire il giudice nel compimento di alcuni giudizi imparziali. In *common law*, il tipo di informazione fornita dall'esperto è assimilata all'informazione fornita da un testimone oculare: l'apporto conoscitivo dell'esperto è considerato parte del *thema probandum* ed è oggetto di contraddittorio tra le parti, secondo tutti i crismi previsti per l'assunzione di prove dai sistemi processuali di tipo accusatorio. In *civil law*, invece, almeno tradizionalmente e tendenzialmente, l'esperto opera come una sorta di sostituto del giudice: le informazioni fornite dall'esperto non sono necessariamente considerate come autonoma materia di prova, ma piuttosto come valutazioni delle prove esistenti, che il giudice, *peritus peritorum*, potrebbe

⁹⁷ Va notato che nel Regno Unito questo è meno vero di quanto non lo sia negli Stati Uniti. Le *Civil Procedural Rules*, dal 1999, impongono all'*expert witness* un obbligo di imparzialità [Taruffo, 2008, p. 92].

⁹⁸ Scrive Damaška a proposito del ruolo degli esperti nei sistemi inquisitori: “[E]xpert witnesses are seldom called by private parties, even where this possibility exists on paper. ‘Experts’ are treated as judicial assistants, and it seems normal that they be appointed by the judge, preferably from among persons accustomed to bureaucratic court routine – hence, Continental ‘permanent’ or professional court experts. Where higher courts retain their own experts, a veritable minihierarchy of court assistants can arise: ‘superexperts’ review the estimates and opinions of ordinary experts” [Damaška, 1991, p. 54].

autonomamente e privatamente compiere se solo fosse a sua volta dotato della competenza tecnica rilevante nel caso di specie.

2.2. Fonte di prova o ausiliario del giudice?

Anche al di là delle classificazioni di diritto positivo, sembra che siano possibili due distinte concezioni del ruolo dell'esperto sul piano teorico. Prendiamo il seguente esempio di ragionamento probatorio. Supponiamo che un giudice debba determinare se Giovanni è responsabile dell'omicidio di Chiara.

Il testimone A sostiene di avere ritrovato il cadavere di Chiara il primo gennaio e sostiene che, al momento del ritrovamento, sul corpo della donna erano chiaramente visibili delle larve.

La polizia nei giorni successivi ha scattato delle fotografie del cadavere che documentano la presenza delle larve.

La salma è stata repertata ed è ora custodita presso l'istituto di medicina legale.

La testimone B afferma che Giovanni si trovava all'estero fino al 28 dicembre.

L'entomologa C afferma che le larve ritratte nelle foto e le cui tracce sono ancora visibili sul cadavere custodito presso l'istituto di medicina legale sono larve di *calliphora vomitoria* e in quanto tali devono avere impiegato dai 7 ai 14 giorni per svilupparsi nel corpo della vittima. Pertanto, il decesso deve essersi verificato prima del 25 dicembre.

Il giudice conclude che Giovanni ha un *alibi* e dunque non può essere colpevole dell'omicidio di Chiara. Pertanto, Giovanni è innocente.

Su quali prove si fonda questo ragionamento? Ci sono fonti di prova *testimoniale* come A e B, fonti di prova *documentale* come le fotografie scattate dalla polizia e fonti di prova *reale* come il corpo custodito presso l'istituto di medicina legale. Ma che dire dell'entomologa C? Deve anch'essa essere considerata, al pari dei testimoni, delle fotografie e della salma, una *fonte di prova*⁹⁹?

⁹⁹ La *fonte di prova* è il supporto materiale (persona o oggetto) da cui si può trarre almeno un elemento di prova [Tuzet, 2016, p. 169]: un documento, un testimone, un pugnale insanguinato possono essere tutti esempi di fonti di prova. Un *mezzo di prova* è l'attività attraverso la quale un elemento di prova è tratto dalla fonte di prova: per esempio, l'esame del documento, l'escussione del testimone, l'ispezione del pugnale insanguinato. Un *elemento di prova* è l'informazione che può essere utilizzata dal giudice come fondamento della sua attività inferenziale, al fine di affermare la verità di proposizioni che descrivono un tema di prova: l'informazione che una persona si trovava in un certo luogo in un determinato momento o che un certo oggetto è l'arma del delitto. Il tema di prova è una proposizione la cui verità deve essere provata perché determinati effetti giuridici possano prodursi. Il risultato dell'attività inferenziale, ossia l'affermazione che un determinato fatto giuridicamente rilevante che è oggetto del tema di prova si è o non si è verificato,

La risposta a questa domanda, in una certa misura, dipende in effetti da una scelta del legislatore. Dopotutto, la “prova” in senso giuridico è semplicemente il procedimento di controllo della verità di *certe* proposizioni *stabilite dall’ordinamento*, secondo *certe* modalità anch’esse *stabilite dall’ordinamento*. È il diritto positivo a stabilire *sia* quali proposizioni esigano questo particolare controllo per poter essere adoperate ai fini della decisione *sia*, come abbiamo visto, quali parametri di correttezza debbano essere impiegati per determinare che il controllo ha avuto successo e che la proposizione può essere accettata come vera sulla base di certi argomenti [sul punto cfr. Carnelutti, 1992, p. 44]. Perciò, è un problema di diritto positivo determinare *sia* se le informazioni fornite dall’esperto debbano essere qualificate come temi di prova *sia* quali debbano essere le procedure da applicare in conseguenza di tale qualificazione. Ci sono fatti che il giudice può considerare veri anche se non vengono provati: per esempio, i fatti non controversi nelle vertenze civili, l’esistenza di fonti del diritto (come leggi o regolamenti) o i cosiddetti fatti notori. Solo un’analisi delle disposizioni contenute nei codici potrà determinare, quindi, se in un dato sistema processuale il legislatore abbia scelto di estendere alle conclusioni tecniche degli esperti il tipo di disciplina che è previsto per le prove e in particolare il contraddittorio nella formazione della prova che è richiesto per l’escussione dei testimoni comuni.

Ciò non toglie che la discussione circa l’opportunità di qualificare – a livello legislativo o interpretativo – gli esperti come fonti di prova sottende questioni di interesse teorico generale che trascendono il diritto positivo. Per questo motivo, vale la pena di esaminare la questione in questa sede. Il carattere problematico della qualificazione dipende dalla peculiare natura della funzione epistemica che gli esperti rivestono in qualsiasi processo, in qualsiasi possibile ordinamento positivo. C’è qualcosa di obiettivamente diverso, per esempio, tra l’informazione che il corpo di Chiara conteneva delle larve in una certa data e l’informazione che le larve di una certa specie normalmente hanno un certo tempo di sviluppo nei cadaveri. Qualsiasi disciplina dell’expertise deve ragionevolmente tenere conto di questa differenza. Perciò: se il tipo di apporto conoscitivo che un esperto è in grado di dare in un processo debba considerarsi o no come tema di prova (se ad esso, ad esempio, vadano estesi oneri di prova e allegazione previsti per le deposizioni dei testimoni comuni) è forse un problema che va risolto sulla base di considerazioni di diritto positivo (o di politica legislativa, a seconda che lo si affronti *de iure condito* o *de iure condendo*); tuttavia, la definizione

prende il nome di *risultato probatorio*. Per un’utile ricognizione dei significati che la parola “prova” (“prueba”) può assumere cfr. anche Gascón [2010, pp. 76-88]. Analoghe ambiguità caratterizzano il termine “evidence” in inglese [Ho, 2015].

delle caratteristiche di tale apporto (e in particolare la loro similitudine o la loro differenza rispetto alle caratteristiche di una deposizione non tecnica) di sicuro non dipende dalla volontà del legislatore.

Certamente, senza l'aiuto dell'entomologa C, il giudice non avrebbe posseduto un'informazione chiave per la soluzione del caso. Se C non avesse informato il giudice circa il ciclo di sviluppo che caratterizza la specie *calliphora vomitoria* e non avesse riconosciuto le larve nelle fotografie come appartenenti proprio a quella particolare specie, il giudice non sarebbe mai stato in grado di risolvere il caso nel modo in cui lo ha risolto. Per altro verso, l'utilità di C nel processo è condizionata dal dato contingente che il giudice non sia a sua volta un esperto di entomologia. Solo questa contingente insufficienza cognitiva del giudice, per così dire, giustifica l'intervento di C sulla scena processuale. Se il giudice non fosse stato in grado di trarre le informazioni rilevanti dalle fotografie per un'altra ragione legata alla sua persona, per esempio se fosse stato cieco, e avesse dovuto servirsi di un assistente per esaminarle (come probabilmente farebbe qualsiasi giudice cieco) probabilmente non saremmo portati a qualificare questo assistente come la fonte della prova che il corpo di Chiara conteneva quelle particolari larve.

Sembra dunque che il ruolo epistemico degli esperti possa essere descritto in questi due modi antitetici: da un lato può essere assimilato a quello dei testimoni comuni, dall'altro può essere assimilato a quello del giudice stesso. Se si adotta la prima concezione, si è portati a considerarlo come una fonte tra le altre fonti di prova; se si adotta la seconda, piuttosto come delegatario, nel circoscritto ambito di un problema tecnico, di una funzione giurisdizionale, in particolare della funzione di valutare la rilevanza e il peso di specifiche fonti di prova per affermare la verità di un determinato fatto.

2.3. *L'esperto come fonte di prova*

Secondo la prima lettura, avanzata per esempio da Friedrich Stein, le figure esperte che nei vari ordinamenti intervengono nel processo dovrebbero essere legalmente assimilate a fonti di prova testimoniale. Nel *genus* della testimonianza, la *differentia specifica* caratterizzante la deposizione di un esperto sarebbe costituita dall'oggetto della sua deposizione e più precisamente dalla natura tecnica di una delle premesse che la deposizione assume. Secondo Stein, infatti, la testimonianza esperta si caratterizza per il fatto di derivare da *massime di esperienza* (*Erfahrungssätze*) che solo l'esperto conosce e che sono ignote invece alle persone comuni. Di massime di esperienza, Stein dà la seguente definizione:

Sono definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dai casi concreti da decidersi nel processo e dalle sue circostanze particolari, guadagnati mediante l'esperienza, ma autonomi rispetto ai fatti particolari dalla cui osservazione sono ricavati e oltre i quali, rispetto a nuovi casi, pretendono di aver valore [Stein, F., 1893, p. 21, traduzione mia¹⁰⁰].

Ciò che di nuovo l'esperto porta al processo è, per Stein, sempre un'informazione generale di questo tipo¹⁰¹. Questo – si badi bene – non significa però che gli esperti *riferiscano* solo fatti di natura generale. Molto spesso le massime di esperienza costituiscono semplicemente una premessa tacita di un'inferenza. Spesso, ciò che l'esperto riferisce al giudice non è il fatto generale descritto dalla massima bensì un fatto particolare che può essere inferito da essa: ad esempio, l'affermazione “dato lo stato del suo cadavere, Chiara deve essere morta dopo una certa data”.

D'altro canto, tutte le deposizioni, secondo Stein, siano esse di esperti o di testimoni comuni, possono essere il risultato di inferenze, tratte dalla correlazione di percezioni con regole di carattere generale [cfr. Twining 2006, p. 334]. La peculiarità delle deposizioni degli esperti non sarebbe quella di

¹⁰⁰ Testo originale:

„Sie sind Definitionen oder hypothetische Urtheile allgemeinen Inhaltes, vom concreten in diesem Prozesse abzuurtheilenden Falle und seinen einzelnen Thatsachen unabhängig, aus der Erfahrung gewonnen, aber selbständig gegenüber den Einzelfällen, aus deren Beobachtung sie abgezogen sind, und über die hinaus sie für neue Fälle Geltung beanspruchen“.

Tali massime, va precisato, sono “di esperienza” perché la comunità di esperti nel suo complesso può certificarne il fondamento sperimentale. Solo in questo senso sono “guadagnate mediante l'esperienza”: ciò naturalmente non significa che debbano essere enunciate da ogni singolo perito sulla base della propria esperienza personale. Al contrario, spiega Stein [1893, p. 21], l'apporto cognitivo del perito al processo non si fonda mai sulle sue percezioni individuali. La scoperta di una massima di esperienza, è un evento piuttosto raro. La sua conoscenza da parte di quasi tutti, esperti compresi, è indiretta. Tutti sappiamo, per esempio, che l'acqua bolle a cento gradi, ma nella maggior parte dei casi lo sappiamo perché lo abbiamo letto o ci è stato riferito, non perché lo abbiamo personalmente verificato. E lo stesso vale per la maggior parte delle conoscenze che gli esperti di una disciplina possiedono. Mentre la conoscenza del testimone comune è individuale, infungibile e basata sulla percezione, la conoscenza degli esperti per lo più è collettiva, fungibile e basata sull'educazione. Va poi sottolineato che non è affatto detto che le regole inferenziali di cui ci si serve nel ragionamento probatorio siano ottenute per generalizzazione induttiva, come l'espressione “massime di esperienza” sembrerebbe suggerire. La nozione è essenzialmente sovrapponibile a quella di legge scientifica di copertura cui si fa riferimento nel diritto penale [Stella, 1975].

¹⁰¹ Stein [1893, p. 15] spiega che anche le massime di esperienza sono un tipo di fatto, perché rientrano nell'ambito del giudizio di fatto, ma preferisce dare loro un nome diverso per comodità espressiva, servendosi dell'espressione fatto per indicare i fatti particolari oggetto immediato di esperienza individuale („*Erfahrung*” *Thatsache*) e l'espressione massima di esperienza per indicare i fatti generali che possono essere utilizzati come premesse maggiori nel ragionamento probatorio („*allgemeine*” *Thatsache*).

fondarsi su regole generali (si fondano su regole generali di esperienza anche le deposizioni comuni), bensì di fondarsi su regole generali che sono *ignote alle persone comuni* e che in quanto tali devono essere provate: le massime di esperienza appunto. Le massime di esperienza (come per esempio la massima secondo cui la larva di *calliphora vomitoria* impiega un determinato numero di giorni per svilupparsi in un cadavere), essendo fuori del novero di conoscenze delle persone comuni, dovrebbero essere considerate come parte del *thema probandum*. In questo, esse si differenzierebbero da quelle che Stein [1893, p. 14] chiama “regole della vita” (*Regeln des Lebens*), proposizioni di natura generale, strutturalmente analoghe alle massime di esperienza, che, al pari dei fatti notori, non esigono prova, in quanto parte del senso comune, o comunque del background culturale della maggioranza dei consociati, e che invece rappresentano le premesse dei giudizi espressi dai testimoni comuni.

Testimoni comuni ed esperti sono riconducibili alla medesima categoria in quanto narrano *fatti ignoti* al giudice e alla maggioranza dei consociati e che possono dirsi *provati solo in virtù della loro deposizione*. Tuttavia, la ragione per cui questi fatti sono ignoti ed esigono di essere provati è diversa nei due casi: il testimone comune è chiamato a deporre in virtù della sua conoscenza di fatti particolari che ha percepito, non percepibili o non percepiti dal giudice; l'esperto in virtù della sua conoscenza di fatti generali, che fuoriescono dalla cultura delle persone comuni e che possono fondare inferenze che il giudice o un'altra persona comune non sarebbe autonomamente in grado di compiere. Ciò rende l'esperto un testimone fungibile. Può essere rimpiazzato da qualunque altro soggetto che abbia la conoscenza generale che è chiamato ad applicare al caso. Ciò a differenza del testimone oculare, il cui ruolo nel processo è ancorato alla sua qualità irripetibile di avere percepito il particolare fatto narrato¹⁰².

¹⁰² L'origine della dottrina tedesca che distingue testimone comune ed esperto anche in base al dato della infungibilità del primo e fungibilità del secondo è rintracciabile in Hegler [citato in Viada, p. 58 e Florian p. 120]. Si tratta di un criterio apparentemente discutibile. Se un omicidio si fosse verificato in un campo da calcio durante la finale dei mondiali e centinaia di migliaia di persone vi avessero assistito, il ruolo di ciascuna di loro come testimone sarebbe probabilmente fungibile. D'altro canto, sono immaginabili casi in cui vi sia un *unico* esperto al mondo a conoscenza della particolare regola inferenziale che deve essere applicata al caso: supponiamo perché è l'unico ad aver studiato la compresenza di due malattie rare su soggetti di una certa età. Tuttavia si può osservare che la conoscenza dell'esperto, a differenza di quella del testimone, tipicamente può essere diffusa (attraverso articoli scientifici, conferenze, lezioni) senza perdere valore sul piano epistemico. Anche per questo, gli esperti non sono soggetti al divieto di testimonianza *de relato*. Sembra che la testimonianza esperta non sia necessariamente soggetta a quello che Giovanni Tuzet [2018, p. 9] chiama *principio della massima prossimità* secondo il quale il valore probatorio di un elemento di prova cresce tanto più è “prossimo” al fatto oggetto di prova. La testimonianza indiretta, come una fotocopia di una fotocopia, è di minor qualità di una testimonianza

2.4. L'esperto come ausiliario del giudice

In base ad una seconda teoria, sostenuta per esempio da Francesco Carnelutti, gli esperti non dovrebbero essere classificati a livello teorico-giuridico come fonti di prova, ma piuttosto come meri ausiliari del giudice. Ciò perché il tipo di apporto conoscitivo che essi offrono è costituito da una serie di informazioni che, isolatamente considerate, non riguardano affatto il processo. Per esempio, il ciclo di vita di un particolare tipo di larva non è un fatto di per sé correlato all'identità dell'autore dell'omicidio di Chiara. Si tratta di un dato che appare estraneo alla vertenza giudiziaria, conoscibile e conosciuto da moltissime persone che non hanno mai avuto a che fare con il processo e i suoi protagonisti. Le informazioni che l'esperto offre al giudice non costituiscono una rappresentazione diretta dei fatti oggetto del processo, ma sono piuttosto degli strumenti di analisi di cui il giudice si può servire per inferire tali fatti. Dice Carnelutti:

[È] diversa nel giudizio la funzione di chi porta al giudice la *materia*, sulla quale deve operare, e di chi gli porta gli *strumenti*, con i quali deve operare. La differenza tra perito e testimone [...] è un corollario della differenza che corre tra testimone e giudice stesso. [...] È insomma la differenza che esiste tra la premessa maggiore e la premessa minore del sillogismo; tra norma e fatto. Questa differenza non si può distruggere. Tanto poco si può distruggere che molto spesso lo strumento della deduzione probatoria, negli ordini positivi, è una regola di diritto, anziché una regola di esperienza¹⁰³[...]. Tanto poco si può distruggere che la diversa qualità della materia (fatto o regola) reagisce sulla struttura logica dei mezzi di fissazione; il processo, mediante il quale il giudice ricava le regole dai fatti è un processo di induzione, mentre il processo, mediante il quale il giudice desume i fatti dai fatti, è un processo di deduzione; la perizia a differenza della testimonianza, in quanto espone o applica regole, non è una dichiarazione rappresentativa¹⁰⁴. Tanto poco si può distruggere che la diversa qualità della materia (fatto o regola)

diretta; ma una regola di inferenza conosciuta per il tramite di una rivista *peer-reviewed* potrebbe essere più affidabile di un principio appena scoperto in laboratorio dal dichiarante.

¹⁰³ Qui Carnelutti probabilmente pensa in particolare alle presunzioni legali: norme giuridiche che impongono al giudice di considerare accaduto un fatto A qualora risulti accaduto un fatto B.

¹⁰⁴ Questa spiegazione, che pure è utile per rappresentare schematicamente il rapporto tra giudice ed esperto, è imprecisa. Richiede almeno due puntualizzazioni. Sebbene il giudice si affidi all'esperto per conoscere regole inferenziali da utilizzare nel ragionamento probatorio, tali regole non necessariamente sono ottenute in modo induttivo: pensiamo alle regole dell'economia che spesso sono il frutto di deduzioni da modelli assiomatici... In secondo luogo, le inferenze che il giudice compie molto spesso non sono deduzioni, ma abduzioni, ossia ragionamenti deduttivamente invalidi. Secondo Pardo e Allen, il ragionamento del giudice si articola in due momenti "generating potential explanations of the evidence and then selecting the best explanation from the list of potential ones" [2008, p. 229]. Se le cose stessero così il ragionamento probatorio avrebbe raramente la struttura di un sillogismo deduttivamente valido ma molto più spesso quella di un sillogismo viziato dalla fallacia di affermare il conseguente. L'espressione "inferenza alla miglior

reagisce irresistibilmente sulla disciplina giuridica dei mezzi di fissazione: la affinità, anzi la promiscuità delle regole di esperienza con le norme giuridiche induce a foggare per esse un processo di fissazione analogo a quello relativo alle norme giuridiche e antitetico a quello relativo ai fatti [Carnelutti, 1992, p. 80].

In quest'ottica, le perizie non dovrebbero essere considerate mezzi di prova, bensì, come dice Andreas Heusler, semplici mezzi di informazione (*Erkenntnismitteln* e non *Beweismitteln*). I periti, infatti, operano sempre su *altre fonti di prova*, sostituendo il giudice nell'esame di queste in virtù delle loro particolari capacità percettive e inferenziali. Gli esperti, nell'esaminare il materiale probatorio esistente, percepiscono fatti che il giudice non è in grado di percepire (per esempio, il DNA su una pistola) e fanno delle inferenze che il giudice non è in grado di fare. Operano, secondo un'evocativa espressione di Julius Glaser [citata in Orlandi, 2007, p. 7] come una "protesi del cervello del giudice" ("*eine Erweiterung des gerichtlichen Gehirns*"). A seconda del tipo di attività cognitiva in cui coadiuvano il giudice possono assumere una funzione *percipiente* o *deducente*¹⁰⁵, ma in ciascuno dei due casi svolgono attività che lo stesso giudice dovrebbe *normalmente* compiere in modo autonomo. La compie l'esperto *in sostituzione del giudice* solo in virtù dell'espresso conferimento di un incarico da parte di quest'ultimo.

Il criterio del conferimento dell'incarico consente a Carnelutti di distinguere anche il perito percipiente dal testimone. Anche il testimone oculare, a suo modo, a volte formula giudizi e applica regole di esperienza a fatti particolari per inferire elementi della propria narrazione dei fatti; però – scrive Carnelutti:

spiegazione" è stata introdotta per la prima volta da Harman, che la definisce in questo modo: "In making this inference one infers, from the fact that a certain hypothesis would explain the evidence, to the truth of that hypothesis. In general, there will be several hypotheses which might explain the evidence, so one must be able to reject all such alternative hypotheses before one is warranted in making the inference. Thus one infers, from the premise that a given hypothesis would provide a "better" explanation for the evidence than would any other" [Harman, 1965, p. 89]. Sulla analogia strutturale tra questo tipo di inferenza e la fallacia dell'affermazione del conseguente cfr. per esempio Artosi [2016, p. 167].

¹⁰⁵ Per Carnelutti [1992, p. 71], il perito deducente è l'esperto che opera nel processo in virtù della sua capacità di dedurre dalla fonte di prova il fatto da provare; il perito percipiente è l'esperto che opera nel processo in virtù della sua capacità di percepire determinati elementi della realtà (siano essi fonti o direttamente oggetto di prova). Nella pratica, queste due attività non sono facilmente distinguibili, perché normalmente ogni singolo esperto le svolge entrambe in modo promiscuo [Cordero, 2006, pp. 785 e 789]. Altre classificazioni sono teoricamente possibili come quella di Florian [1961, p. 116] che propone di suddividere le attività dell'esperto in tre, anziché due, categorie: l'enunciazione di regole inferenziali, l'applicazione delle regole inferenziali al caso concreto e l'ispezione o esame di oggetti o persone su incarico ricevuto.

il testimone, quando deduce, opera fuor da ogni incarico del giudice; al contrario il perito, quando deduce, opera per incarico del giudice, e la sua deduzione è strumento del quale si giova l'attività di quello. La funzione del perito è così, nel campo della deduzione, perfettamente parallela a quella che gli fu da me riconosciuta nel campo della percezione: si tratta di una funzione essenzialmente unitaria; nell'uno come nell'altro il perito appare non una *fonte di prova*, ma un *mezzo di integrazione della attività del giudice* [Carnelutti, 1992, p. 83].

È ovvio che il testimone non assista ai fatti oggetto della sua narrazione per incarico del giudice: tali fatti, che fanno parte del *thema probandum*, non si svolgono *durante* il processo, ma necessariamente si sono verificati sempre prima e indipendentemente da esso¹⁰⁶. La deposizione del perito percipiente al contrario è relativa a fatti che necessariamente si verificano *durante* il procedimento (si pensi ad esempio ad un'autopsia). I fatti percepiti dall'esperto non sono oggetto del procedimento e tema di prova, ma sono parte del procedimento stesso.

Come abbiamo già detto, c'è un altro modo, tradizionale in ambito anglosassone, per marcare la differenza di funzioni tra testimone comune ed esperto: dire che il testimone comune è chiamato a semplicemente *narrare fatti* (oggetto delle sue percezioni) e a differenza, dell'esperto, mai a *formulare opinioni* (ossia giudizi inferenziali sui fatti). Anche quest'ultima distinzione assimila il ruolo dell'esperto a quello del giudice. Come scrive Ho Hock Lai [2008, p. 261-262],

I testimoni non esperti non possono, nella loro deposizione, estrapolare delle conclusioni a partire da quanto hanno osservato; viene detto loro di attenersi ai "fatti" e non tentare di "usurare" il ruolo del *fact finder*. È a quest'ultimo che spetta decidere quali inferenze trarre da quei fatti. Secondo questo argomento, non è solo inutile per il non-esperto esprimere la propria opinione, è anche pericoloso: potrebbe sviare o distrarre il *fact finder* dal lavoro epistemico che è suo dovere compiere [Ho Hock Lai, 2008, p. 261-262, traduzione mia¹⁰⁷].

C'è un senso in cui questo divieto tradizionalmente imposto al testimone comune è assolutamente impraticabile. Ogni narrazione richiede e presuppone giudizi inferenziali [Thayer, 1998, p. 524]. La

¹⁰⁶ Sul punto vedi anche Viada [1951, p. 48] il quale individua nell'incarico del giudice il criterio fondamentale di distinzione teorica tra giudice ed esperto.

¹⁰⁷ Testo originale:

“Non-expert witnesses are forbidden, in their testimony, to extrapolate from their observations; they are told to stick to the ‘facts’ and not attempt to ‘usurp’ the fact-finder’s role. It is for the latter to decide what inferences to draw from those facts. The argument has it that it is not only pointless for the non-expert witness to proffer her opinion, it is also dangerous: it might tempt the fact-finder away, or distract her, from the epistemic labour which it is her duty to undertake”.

narrazione del testimone A in base al quale il cadavere di Chiara conteneva delle larve il primo gennaio potrebbe essere il risultato di un'inferenza del tipo: “doveva essere il primo gennaio perché quel giorno avevo ancora i postumi della sbornia presa la sera prima”; oppure “erano delle larve e non dei lombrichi perché erano corte e piccole, e perché i lombrichi stanno nella terra non nei cadaveri” eccetera. L'esistenza di tale regola costituisce però una conferma della tesi secondo cui il testimone comune, a differenza dell'esperto, non è chiamato a deporre in ragione della sua capacità inferenziale, ma solo in ragione del fatto di avere assistito a determinati eventi. Le sue inferenze devono essere limitate al minimo perché il suo ruolo epistemico nel processo non è quello di formulare inferenze. Al contrario, sembra che questa “usurpazione” – come la chiama Ho Lai – del ruolo inferenziale del *fact finder* non sia un problema nel caso degli esperti. Questi sono chiamati a deporre proprio per usurpare il ruolo del giudice in questo senso.

Tanto la tesi di Stein quanto quella di Carnelutti colgono un aspetto importante del ruolo processuale dell'esperto. Ai nostri fini, non è di particolare rilievo la diatriba definitoria circa il fatto che questi sia giuridicamente qualificabile come fonte di prova oppure no. Ciò che ci interessa sono le similitudini e le differenze tra la funzione epistemica dell'esperto e quella del testimone che emergono da questo dibattito.

3. Due tipi di deferenza epistemica

3.1. Fatti generali e fatti particolari

Riassumiamo quanto abbiamo appreso dalla discussione precedente. Tra testimoni ed esperti c'è chiaramente un elemento funzionale comune: la loro comune funzione è informare il giudice. Sia i testimoni sia gli esperti sono “soggetti notizianti”¹⁰⁸. Il giudice e le parti trattano gli uni e gli altri come *ragioni per credere* nella *verità* di certe proposizioni. In questo senso, anche il ruolo dell'esperto è simile a quello di un testimone: anche l'esperto ha il compito di riferire al giudice dei fatti. Le motivazioni che giustificano la deferenza epistemica verso esperti si distinguono, però, rispetto a quelle che giustificano la deferenza epistemica verso testimoni comuni. Attribuiamo valore informativo alle dichiarazioni dei testimoni comuni sul presupposto che essi *abbiano percepito coi loro sensi gli eventi* che sono oggetto della loro narrazione; attribuiamo valore alle dichiarazioni degli esperti sul presupposto che essi *conoscano regole inferenziali* (massime di esperienza o comunque informazioni generali che consentono di formulare inferenze di natura tecnica) applicabili al caso. In

¹⁰⁸ Espressione che Carnelutti [1992, p. 78] mutua dalla dottrina tedesca: *Auskunftspersonen*.

questo senso, il ruolo dell'esperto è diverso da quello del testimone e assomiglia invece al ruolo del giudice: come il giudice, l'esperto deve applicare delle regole al caso concreto.

A questo punto possiamo domandarci: come si possono conciliare queste due visioni apparentemente contrastanti dell'attività dell'esperto? Credo che il modo migliore di farlo sia quello di riconoscere che in ogni caso sia dai testimoni sia dagli esperti il giudice ottiene – o spera di ottenere – informazioni relative al valore di verità di proposizioni, e quindi in un certo senso ottiene informazioni riguardo a dei fatti, precisando però che si tratta, nei due casi, di proposizioni di tipo diverso, che descrivono fatti di tipo diverso. Questa analisi ci consentirà di chiarire meglio le diverse condizioni dalle quali dipende la deferenza epistemica verso le due tipologie di dichiaranti.

Torniamo all'esempio dell'omicidio di Chiara. Quando il teste riferisce di aver visto delle larve lo fa in virtù della sua conoscenza di un fatto che riguarda *quelle* larve, in *quello* specifico cadavere. Quando invece l'entomologa riferisce che le larve devono essersi sviluppate dai 7 ai 14 giorni dopo il decesso lo fa in virtù della sua conoscenza di un fatto che non riguarda unicamente quelle specifiche larve, in quello specifico cadavere, ma tutte le larve che condividono la proprietà di appartenere alla specie *calliphora vomitoria*. Il testimone oculare è una fonte di informazioni utile per il processo perché conosce un fatto particolare (nell'esempio, la presenza di *quelle* larve su *quel* corpo); l'esperto è una fonte di informazioni utile perché conosce un fatto generale che riguarda una categoria di oggetti che condividono certe proprietà (nell'esempio, il tempo di sviluppo delle larve di insetti dotati di certe caratteristiche).

La conoscenza che rende il dichiarante un testimone è necessariamente acquisita attraverso la sua *percezione* di un fatto particolare (o una pluralità di specifici fatti particolari). Si tratta di una conoscenza che ha per oggetto un evento che si è verificato nel momento in cui il testimone ne ha avuto conoscenza: l'evento mentale consistente nell'acquisizione della conoscenza da parte del teste (la percezione) è contemporaneo all'evento materiale oggetto di quella conoscenza¹⁰⁹. La conoscenza

¹⁰⁹ A questo proposito sono utili le osservazioni di Florian, il quale nota che un soggetto diventa testimone per effetto del suo legame storico col fatto oggetto della sua narrazione, mentre un soggetto diventa esperto solo in virtù del riconoscimento della sua cultura da parte del giudice: "Poiché nel teste bastano le qualità naturali di percezione ed esso è legato storicamente col fatto, dal quale invece è disciolto il perito, ed in questo richiedendosi cognizioni ed attitudini speciali, ne sussegue logicamente, che il teste è indicato al suo ufficio dalla storica connessione di lui col fatto e se una scelta del giudice ha luogo, questa non può che riferirsi che in rapporto al prestigio od onorabilità della persona, alla

che rende il dichiarante un esperto invece non è mai acquisita in modo diretto *mediante la percezione*. Può essere acquisita per generalizzazione induttiva da una pluralità di percezioni, ma molto più spesso è acquisita anche attraverso qualche forma di testimonianza (libri letti, lezioni universitarie, articoli scientifici eccetera)¹¹⁰. La conoscenza che qualifica l'esperto come tale non può essere ottenuta unicamente mediante *una* percezione perché non riguarda un evento specifico puntuale nel tempo o un oggetto specifico, ma categorie di eventi ed oggetti che sono individuate per il fatto di condividere certe proprietà. In breve: il fatto oggetto della conoscenza che qualifica un soggetto come testimone è *particolare e percepito*; il fatto oggetto della conoscenza che qualifica un soggetto come esperto è *generale e non percepito*. Anche per questo nella tradizione i testimoni in genere non possono deporre se non hanno avuto un contatto diretto con in il fatto; mentre gli esperti sono autorizzati a deporre anche per sentito dire; i testimoni comuni hanno l'obbligo di attenersi ai fatti percepiti in prima persona, mentre i gli esperti sono autorizzati ad esprimere le loro opinioni.

Nella sua deposizione, il testimone correla un particolare oggetto percepito a un predicato. Per esempio:

Le larve sul corpo di Chiara (oggetto percepito) erano di una certa lunghezza e un certo colore (predicato
1).

L'esperto, invece, correla tra loro categorie di oggetti dotati di predicati comuni. Questa correlazione spesso richiede l'introduzione di concetti tecnici (nell'esempio, il concetto tecnico *calliphora vomitoria*). Per esempio:

importanza e pertinenza di ciò che dirà; il perito invece trae il titolo per l'ingresso nel giudizio dalla sua scienza od arte, che anche molte altre persone posseggono, ond'egli entra nel processo per effetto di una scelta "[Florian, 1961, p. 120]. Nel dire questo Florian si rifà alla dottrina di Hélie secondo cui "c'est le délit qui crée les témoins, les experts, au contraire, sont choisis par le juge" [Chaveau e Hélie, 1845, p. 258].

¹¹⁰ Coady in proposito nota che "there are many cases in which expertise gained by practical experience in a nontheoretical context has been rightly utilized by a court. An experienced hotelkeeper, for instance, who had watched the trade at a particular hotel with a view to making an offer to purchase, was called to testify to the likelihood of a representation as to takings at the hotel being true. In another case 'experienced cattlemen deposed to the risk involved in putting young horses in the same field as horned cattle in marsh land'" [Coady, 1994a, p. 278]. Né l'esperto che ottiene la sua expertise dall'educazione – che Coady chiama "scientist" – né quello che la ottiene attraverso esperienze personali ripetute – che Coady chiama "empiric" – depone in virtù della sua esperienza diretta del caso concreto. Entrambi depongono in virtù della loro conoscenza della *tipologia di fatto* in cui il fatto concreto rientra.

Le larve che sono di una certa lunghezza e un certo colore eccetera (predicato 1) sono di *calliphora vomitoria*.

Le larve di *calliphora vomitoria* si sviluppano in un tempo di 7-14 giorni (predicato 2).

Dall'interazione di questi due tipi di fonti di informazione il giudice può ricavare delle informazioni nuove. Per esempio:

Le larve sul corpo di Chiara (oggetto percepito dal testimone) si sono sviluppate in un tempo di 7-14 giorni (predicato 2).

Testimoni ed esperti si distinguono perché sono dunque portatori di conoscenze qualitativamente diverse e questa differenza qualitativa può essere espressa distinguendo due tipologie di proposizioni e quindi due tipologie di fatti. Possiamo chiamare i fatti la cui conoscenza qualifica un soggetto come testimone *fatti particolari* e i fatti la cui conoscenza qualifica un soggetto come esperto *fatti generali*¹¹¹. I *fatti particolari* sono descritti da proposizioni del tipo:

S ha la proprietà ϕ .

I *fatti generali* sono invece espressi da proposizioni del tipo:

La proprietà ϕ è associata alla proprietà ψ .

Oppure:

Se S ha la proprietà ϕ , allora S ha la proprietà ψ .

Oppure:

Se S₁ ha la proprietà ϕ , allora S₂ ha la proprietà ψ .

Nel delineare questa distinzione, uso la parola “fatto” con un significato in cui spesso ricorre nel lessico giuridico: considero un fatto la condizione di avveramento di una *qualsiasi* proposizione. In questo senso, non sono “fatti” solo eventi o accadimenti, ma è anche un fatto che “La radice quadrata

¹¹¹ Riprendo qui la menzionata distinzione di Stein [1893, p. 15] tra „*allgemeine*” *Thatsachen* ed „*Erfahrungs*” *Thatsachen*. Questa distinzione è simile ma non è del tutto sovrapponibile a quella tra “*hechos genéricos*” e “*hechos individuales*” proposta da González Lagier [2003, p. 18].

di 144 è 12”, che “Antananarivo è la capitale del Madagascar”, che “Le fratercule sono uccelli”, che “‘Oi’ in portoghese significa ‘ciao’”¹¹². Chiaramente quelli che abbiamo chiamato “fatti generali” non rientrano nella nozione di fatto inteso come evento o accadimento. Sono qualcosa di più simile a regole di inferenza e, a differenza dei fatti particolari, possono essere sempre formulati come giudizi ipotetici espressi attraverso descrizioni¹¹³.

¹¹² Adottiamo qui quella che G.E. Moore nelle sue lezioni londinesi sulla verità come corrispondenza chiama “concezione linguistica dell’individuazione dei fatti”. Secondo Moore [1953, p. 256], difensore di questa tesi, non solo a ogni proposizione corrisponde un fatto che la rende o la renderebbe vera, ma ogni fatto corrisponde a una sola proposizione che lo descrive. Se due enunciati descrivono lo stesso fatto, allora esprimono la medesima proposizione. Cfr. Volpe [2012, p. 32]. Si noti che adottare questa concezione dell’ontologia dei fatti ha una rilevante conseguenza: se accettiamo questa definizione di “fatto”, dovremo ritenere esistenti tanti fatti quante sono le proposizioni che li descrivono. Dovremo perciò considerare, ai nostri fini, fatti diversi per esempio il fatto che “Gianni porta un copricapo”, il fatto che “Gianni porta un berretto degli Yankees” e il fatto che “Gianni porta un berretto della sua squadra di baseball preferita”. Per quanto possa sembrare problematica, questa concezione dei fatti è perfettamente in linea con quella normalmente adottata dai giuristi e per questo sembra adeguata nell’ambito di questo lavoro. Quando per esempio in ambito processuale si dice che l’attore deve provare i “fatti costitutivi” alla base della propria domanda, si intende precisamente dire che l’attore deve provare le circostanze che costituiscono la condizione di avveramento di determinate proposizioni, di regola quelle proposizioni che in virtù di particolari norme rappresentano l’antecedente giuridico delle sue richieste. Se Gianni in punto di morte avesse redatto un testamento olografo letteralmente “a favore della persona che mi ha regalato il berretto della mia squadra da baseball preferita”, sarà la proposizione così formulata a identificare il fatto che assume rilevanza ai fini successori. Chi dimostrasse di aver regalato a Gianni un berretto degli Yankees non avrebbe ancora dimostrato la propria identità di successore testamentario. Il fatto che gli Yankees fossero la squadra preferita del *de cuius* costituirà un separato tema di prova, che sarà onere dell’attore trattare per convincere il giudice della fondatezza della sua domanda. Come scrive Ubertis: in ambito giuridico “[I]e espressioni ‘prova di un fatto’ e ‘prova della verità di un fatto’ possono [...] reputarsi corrette esclusivamente se intese come formule abbreviate di ‘prova della verità dell’affermazione di esistenza di un fatto’” [Ubertis, 2015, p. 15].

¹¹³ Si potrebbe obiettare che i fatti generali che l’esperto è chiamato a riferire o a considerare per la formulazione di inferenze spesso riguardano generi naturali che in base ad alcune teorie semantiche, come quelle di Kripke [1980] e Putnam [1979; 2013], non sono normalmente definiti servendosi di descrizioni. Anche la locuzione “*calliphora vomitoria*” per esempio identifica un genere naturale e pertanto il suo riferimento sarebbe determinato da un meccanismo diverso (di natura indicale) che prescinde dalle descrizioni che i parlanti associano ad esso. Anche se dovessimo accettare queste teorie, dovremmo comunque riconoscere che ciò che rileva nell’ambito del ragionamento probatorio è quello che Putnam ha chiamato *narrow content* e che più avanti chiameremo contenuto nozionale, ossia precisamente la descrizione che *il parlante* mentalmente associa al termine impiegato. Su questi temi torneremo diffusamente nei prossimi due capitoli.

3.2. Inferenza e ostensione

Della diversa funzione epistemica di esperti e testimoni comuni e della differenza tra le tipologie di fatti che abbiamo chiamato generali e particolari, ci si rende conto anche sulla base di alcune considerazioni semantiche riguardo alle loro deposizioni. La prova di un fatto è un'attività argomentativa epistemicamente complessa che si esprime attraverso sequenze di atti linguistici. Si tratta di atti linguistici assertivi, cioè atti linguistici coi quali un parlante si impegna alla verità di certe proposizioni¹¹⁴. Come ha notato Giovanni Tuzet [2016a p. 143; 2016b, p. 127; 2018, p. 1], questa attività argomentativa complessa si compone sempre di due elementi: un'attività *ostensiva* e un'attività *inferenziale*. Tuzet sostiene perciò due tesi riguardo alla prova:

Secondo la prima tesi, la prova è oggetto di un'ostensione, dove per "ostensione" si intende l'atto del mostrare, dell'esibire, dell'indicare a qualcuno in un contesto dato. La prova in senso giuridico è costituita cioè da un qualcosa di materiale o percepibile che può essere mostrato a chi è presente nel contesto. Per la seconda tesi, invece, la prova è oggetto di un'inferenza. Detto più precisamente, la prova è il contenuto di una premessa che, assieme ad altre premesse, conduce a una conclusione in merito ai fatti in esame; oppure il contenuto di una conclusione a cui conducono date premesse. L'oggetto dell'ostensione deve essere "tradotto" cioè in termini linguistici e concettuali in modo da divenire il contenuto di una premessa o di una conclusione in merito al caso [Tuzet, 2016b, p. 128].

Per argomentare che una certa persona è colpevole o innocente, per esempio, è necessario provare una serie di proposizioni che riguardano *quella* persona e la formulazione di tali proposizioni imporrà inevitabilmente un'attività in qualche modo ostensiva. I testimoni, le parti e il giudice si riferiranno a circostanze, armi del delitto, indumenti, cose e persone sempre attraverso espressioni caratterizzate da una semantica in senso lato indicale¹¹⁵. D'altro canto, per procedere nel ragionamento probatorio è anche necessario correlare gli eventi specifici, le attività, le cose e persone, che sono state individuate con atti ostensivi, ai fatti giuridicamente rilevanti. Per fare questo, sono in genere necessarie inferenze e per il compimento di queste ultime è in genere necessario ricondurre quegli eventi, quelle attività, quelle cose o persone a proposizioni generali esprimibili con descrizioni¹¹⁶.

¹¹⁴ Sul punto torneremo nell'ultimo paragrafo di questo capitolo.

¹¹⁵ Gli stessi nomi propri dei protagonisti del processo sono *definiti* attraverso procedimenti che possono essere considerati ostensivi: per esempio, la fotografia in una carta d'identità è un'istanza di quello che Quine chiama "deferred ostension" [Quine, 1969, p. 40].

¹¹⁶ Nell'esempio fatto, le larve presenti sul corpo di Chiara ("quelle!" che il testimone affermerà, puntando il dito sulla fotografia, di aver osservato sul cadavere in una certa data) dovranno essere sussunte in una qualche descrizione definita (identificandole per colore, lunghezza, diametro eccetera) che permetta di qualificarle sul piano tassonomico. Solo questa

Ebbene, si può dire che la deferenza verso testimoni sia necessaria nel processo soprattutto per il compimento dell'attività che Tuzet chiama *ostensiva* (per dire cose come: “*Questa* persona ritratta in *questa* fotografia il primo gennaio si trovava sull'argine del fiume ed era morta e coperta di larve”) e che la deferenza verso esperti sia necessaria soprattutto per il compimento per l'attività *inferenziale* (per dire cose come “Qualsiasi cadavere che si sia ricoperto di larve di *calliphora vomitoria*, quindi anche quello di Chiara, ha iniziato a decomporsi almeno una settimana prima”). Questo perché la narrazione di fatti particolari tipicamente richiede l'impiego di espressioni deittiche, mentre l'enunciazione di fatti generali non lo richiede.

L'affermazione di un perito secondo cui “La temperatura di fusione del piombo è 327,5 gradi centigradi” rappresenta un fatto generale, facilmente riformulabile come una regola di inferenza che correla determinate proprietà associate alla nozione di piombo alla proprietà di fondere a quella temperatura: “Per ogni *x*, se *x* è di piombo, *x* fonderà a 327,5 gradi centigradi”. Ciò che l'esperto conosce in modo privilegiato rispetto agli altri soggetti coinvolti nel processo è normalmente una mera correlazione tra proprietà: per esempio, tra le proprietà che definiscono il piombo e la proprietà di fondere a quella determinata temperatura. La correlazione conosciuta dall'esperto riguarda entità rappresentabili in modo descrittivo e consente, date determinate informazioni particolari sul caso concreto, di inferire altre informazioni particolari.

L'affermazione di un testimone oculare che “Giovanni ha impugnato la pistola”, al contrario, rappresenta un fatto particolare e non è facilmente descrivibile come una correlazione tra proprietà¹¹⁷. Non avrebbe senso riformulare la deposizione come un giudizio ipotetico del tipo: “Per ogni *x*, se *x* è *un* Giovanni, *x* ha impugnato la pistola”. L'informazione che il teste conosce in modo privilegiato rispetto alle parti e al giudice e che giuridicamente giustifica il suo obbligo testimoniale non è una correlazione tra la proprietà di essere *un* Giovanni e la proprietà di avere impugnato la pistola, bensì una correlazione tra *Giovanni* e la proprietà di avere impugnato la pistola. Se chiedessimo al dichiarante di dare una *definizione* di “Giovanni” enunciando le proprietà che caratterizzano *un qualsiasi* Giovanni come tale, presumibilmente non sarebbe in grado di farlo. Ne darebbe tutt'al più

qualificazione che rappresenta un'astrazione rispetto al caso concreto consente di inferire il *tempus commissi delicti* e quindi di risolvere il caso.

¹¹⁷ A meno che non si precisi subito che la proprietà che definisce il soggetto della deposizione è sempre una proprietà individualizzante, che *solo quel soggetto* possiede. Esempio: “Il soggetto che ha la proprietà di essere stato da me visto il giorno del delitto con in mano la pistola ha anche la proprietà di trovarsi oggi seduto lì sul banco degli imputati”.

una definizione deittica del tipo “l’imputato in *questo* processo!” o “*quello lì* seduto in prima fila!”. Se analogamente dovessimo domandare ad un perito di dire che cos’è il piombo ci aspetteremmo da lui o lei di essere in grado di *definirlo* enunciandone le caratteristiche. Ci aspetteremmo che sia in grado per esempio di indicarne il numero atomico o la temperatura di fusione.

Il fatto particolare narrato dal testimone oculare è descritto con proposizioni in cui soggetto è identificato direttamente o indirettamente da un nome proprio oppure un indicale o comunque un’espressione in senso lato deittica. Il testimone dirà “*Chiara* era morta”, “il luogo che ho visto è ritratto in *questa* fotografia”, “l’uomo che ho visto *quel giorno* è quello seduto *lì*, sul banco degli imputati”. Come spiega John Searle, infatti, sia i nomi propri sia gli indicali hanno una semantica particolare che li lega a doppio filo con la percezione del parlante. Le condizioni di soddisfazione che determinano il contenuto di espressioni come “*Chiara*”, “*questa fotografia*” “*quel giorno*”, “*quello seduto lì*” sono costituite dalla memoria di percezioni. Non si può dare una definizione di “*Chiara*” enunciandone in modo esaustivo le caratteristiche. Per capire il senso in cui una persona usa la parola “*Chiara*” è necessario capire a quale insieme di esperienze il parlante associa quella parola¹¹⁸. Analogamente, il significato di “*quel giorno*” dipende dalla collocazione storica della percezione di cui il testimone ha memoria. Se cerchiamo sul dizionario parole come “questo” o “quello” o “ieri” o “qui”, ciò che troviamo non è una definizione esaustiva del significato che hanno in reali contesti discorsivi. Se cerchiamo la parola “questo” per esempio troveremo scritto qualcosa come “l’oggetto che il parlante sta indicando”. Quella contenuta nel dizionario è un’informazione essenziale per capire il significato della parola, ma di per sé non è sufficiente per capire il reale significato che può avere in un discorso¹¹⁹. Il reale significato naturalmente dipende da chi è il parlante e dalla percezione – che i partecipanti alla conversazione assumeranno condivisa – dell’oggetto indicato.

¹¹⁸ Può darsi che il parlante che si serve di un nome proprio abbia acquisito la parola da un terzo, senza avere avuto percezione diretta del suo riferimento di quel nome proprio. Può darsi che io dicendo “*Chiara*” intenda la persona a cui Anna si riferiva in una certa conversazione. In questo caso, il significato che attribuisco a “*Chiara*” dipenderà non dalla mia esperienza di avere conosciuto Chiara, ma dalla mia esperienza di avere parlato con Anna. Il significato di un nome proprio *x* nell’idioletto di un parlante A può dipendere non dall’esperienza diretta del riferimento di *x* ma dall’esperienza dell’acquisizione di *x* da un contatto linguistico con un altro parlante B. Quando A parla di *x* lo fa sul presupposto B abbia avuto esperienza diretta del riferimento di *x* o abbia a sua volta acquisito *x* da un parlante C. Questo fenomeno è stato notoriamente descritto da Saul Kripke [1980] per sostenere una teoria del significato di tipo esternista. La teoria di John Searle dà di questo stesso fenomeno una spiegazione compatibile con l’internismo. Cfr. Searle [1983, p. 242-261].

¹¹⁹ Kaplan [1989a] chiama questa parte del significato *carattere* (*character*), mentre chiama *contenuto* (*content*) l’effettivo significato che la parola assume in un particolare contesto conversazionale.

Se il testimone dice “ho visto quella persona seduta lì al banco degli imputati il giorno del delitto” esprime una credenza che è relativa a un soggetto che è definito da una sua percezione: sta dicendo “la persona che vedo ora è la stessa persona che vidi allora”. L’uso di queste espressioni deittiche da parte dei testimoni è dovuto al fatto che il testimone deve correlare il soggetto della sua narrazione alla percezione che la giustifica. Searle [1983, pp. 46-48; 2015, cap. II, par. 2.4] spiega, infatti, che la credenza che un soggetto acquisisce per mezzo di una percezione ha condizioni di soddisfazione che sono *definite* dalla percezione stessa. Per esempio: se vedo una station wagon gialla nel mio garage, acquisisco una credenza relativa ad una proposizione che assume come soggetto non *una qualsiasi* station wagon con le caratteristiche della station wagon che ho percepito, ma proprio *quella station wagon gialla* che causa in me la percezione di una station wagon gialla. Le condizioni di soddisfazione della proposizione in cui credo sono dunque: c’è un x tale che 1) è una station wagon gialla nel mio garage e 2) causa in me *questa percezione*.

3.3. Due casi problematici: generalizzazioni dei testimoni ed esperti con funzione percipiente

Nelle deposizioni dei testi comuni vengono enunciati anche fatti generali e in quelle degli esperti anche fatti particolari, ma se riflettiamo su ciò che ci porta ad *attribuire valore* alle dichiarazioni degli uni e degli altri ci rendiamo conto, alla luce delle considerazioni che abbiamo fatto, che si tratta di ragioni diverse. Presupposto per dare credito a un testimone è credere che il fatto che è oggetto della sua dichiarazione sia un fatto particolare (o una serie di fatti particolari) che il testimone ha percepito con i propri sensi; presupposto per credere all’esperto è che il fatto oggetto della sua dichiarazione sia implicato da un fatto generale, che afferisce alla sua area di competenza.

Può accadere che un testimone comune enunci fatti definibili come generali nel senso sopra precisato. Per esempio, il testimone B potrebbe affermare che l’imputato difficilmente poteva essere in Italia il giorno della morte di Chiara perché tutti i membri della sua famiglia, tutti gli anni, durante le vacanze di Natale vanno a New York a trovare dei loro parenti. Questa affermazione ha la struttura di una proposizione generale:

Per ogni x, se x è membro della famiglia dell’imputato, probabilmente x a Natale si trova a New York.

Tuttavia, la proposizione non individua *di per sé* la conoscenza che attribuisce al dichiarante lo status di testimone: il dichiarante potrà affermare questo solo in virtù di una serie di esperienze passate, di percezioni personali di fatti individuali (l’aver visto dei biglietti aerei, l’aver visto la casa dell’imputato vuota ogni anno, l’aver visto delle fotografie e così via). Sarà onere di chi interroga il

teste verificare quali siano i fatti particolari su quali quest'ultimo fonda la sua affermazione di carattere generale: il credito prestato al testimone sarà condizionato alla verifica della correttezza dell'implicazione del fatto generale dai fatti particolari percepiti¹²⁰. Un simile controllo non è normalmente richiesto nel caso della deposizione di un esperto. Il credito prestato alla deposizione dell'entomologa C non potrà essere subordinato a un controllo analitico delle regole inferenziali che consentono a C e in generale alla comunità degli entomologi di formulare giudizi generali sulla specie *calliphora vomitoria*. Un approfondimento di questo tipo richiederebbe, in sostanza, al giudice e alle parti di diventare a propria volta esperti in entomologia, frustrerebbe il senso stesso di convocare un esperto a deporre e sarebbe del tutto irragionevole in termini di economia processuale.

D'altro canto, può accadere che un esperto operi in un processo enunciando fatti particolari che, come un testimone comune, ha percepito. È il caso di quello che Francesco Carnelutti chiamava perito percipiente. Tuttavia, anche quando l'esperto assume questa funzione percipiente, a differenza del testimone comune, ha cittadinanza nel processo *non in virtù dell'esperienza percettiva* oggetto della sua narrazione¹²¹. Le esperienze percettive del perito (l'esame di determinati campioni, l'osservazione di un cadavere, la lettura di un documento...) normalmente riguardano fatti presenti, contemporanei al processo. Non sono le esperienze di fatti irripetibili del passato di cui solo l'esperto può avere memoria. Sono esperienze a cui lo stesso giudice in teoria potrebbe facilmente avere accesso diretto. Ciò che al giudice manca e che l'esperto può offrire è la capacità di inferire da quelle esperienze accessibili, *in virtù della conoscenza di un fatto generale*, un fatto particolare inaccessibile al profano. Per esempio, il giudice che chiama un perito con funzione percipiente ad esaminare un quadro di Caravaggio per testarne l'autenticità non è incapace di vedere un quadro di Caravaggio, ma

¹²⁰ Sono grato al professor Timothy Endicott per questa osservazione.

¹²¹ In questa frase, il sintagma "oggetto della sua narrazione" è fondamentale. Ci sono infatti degli esperti che sono tali solo in virtù di esperienze percettive pregresse. Come ho già detto in una nota precedente si tratta di quelli che Coady [1994a, p. 279] chiama "empirics". Un esempio di *empiric* potrebbe essere Margarita Arpizarelli, la lavandaia che testimoniò nel processo agli untori celebrato a Milano nel 1630 (cui Manzoni si ispirerà per la sua *Storia della colonna infame*). La lavandaia è chiamata a verificare che una certa sostanza fosse un normale residuo del miscuglio di acqua e cenere usato per fare il bucato (ranno, in italiano; smoglio, nel lessico della lavandaia) e depone: "signore no, che questo smoglio non è puro, ma vi è dentro delle forfanterie, perché il smoglio puro non ha tanto fondo, né di questo colore, perché lo fa bianco bianco, e non è tanchente come questo". Ricavo questo stralcio degli atti processuali da Di Renzo Villata [2011, p. 432]. La lavandaia depone descrivendo ciò che ha davanti agli occhi, ma ciò che, agli occhi del giudice, rende preziosa la sua deposizione non è di per sé il fatto che rappresenti la sostanza esibita, ma il fatto che questa percezione sia messa in relazione con altre percezioni pregresse.

piuttosto è incapace di vederlo *come* un quadro *di Caravaggio*¹²². Il giudice che chiede al medico di diagnosticare l'emorragia cerebrale della persona offesa non è letteralmente incapace di vedere i sintomi dell'emorragia cerebrale ma semplicemente non è in grado di vederli *come* sintomi di emorragia cerebrale. L'esperto, anche se assume la veste di perito percipiente, ha pur sempre la funzione di *compiere inferenze*¹²³. Per esempio, l'esperto di Caravaggio avrà la funzione di inferire

¹²² Wittgenstein nota che il verbo “vedere” – ma si potrebbe dire la stessa cosa anche di altri verbi di percezione – si può usare in due modi diversi: per indicare azioni o affezioni distinte. Una cosa è *vedere x*, un'altra è *vedere x come y*. Nell'esempio fatto da Wittgenstein, una cosa è vedere un volto, un'altra è vedere, osservando un volto, la somiglianza di esso con un altro volto [Wittgenstein, 1967, pt. II, XI]. Il primo senso di “vedere” indica una mera percezione (*vedere_{mp}*), il secondo senso indica una percezione accompagnata da un'interpretazione (*vedere_i*).

Ora, si potrebbe obiettare a quanto dico osservando che molte volte anche il testimone comune è convocato a processo non solo per il fatto di aver *visto_{mp}* qualcosa, ma anche per il fatto di aver *visto_i* qualcosa, cioè aver riconosciuto una cosa *come* qualcos'altro. Si pensi al caso del testimone che dichiara di aver visto il proprio vicino di casa uscire dalla sua porta il 12 marzo alle 20.30. Il privilegio epistemico del testimone ricognitore non sarà costituito solo l'evento percettivo avvenuto il 12 marzo alle 20.30, ma anche ma anche dalla sua capacità pregressa di riconoscere il proprio vicino di casa *come tale*. Casi come questo mostrano che la distinzione tra testimone comune ed esperto con funzione percipiente è in effetti sfumata. Tuttavia, anche in questo ultimo esempio, ciò che qualifica il testimone come tale e rende utile la sua deposizione non è solo la sua conoscenza pregressa del vicino, ma l'irripetibile evento percettivo del 12 marzo. Nel caso del perito percipiente, invece, l'evento percettivo è normalmente ripetibile e banale: il quadro di cui si contesta l'originalità è disponibile al giudice e alle parti; le foto del cadavere rosso dalle larve è agli atti. Ciò che legittima l'esperto a deporre non è l'evento percettivo, ma la sua capacità di interpretarlo. Inoltre, cosa più importante, nel caso del testimone la capacità di riconoscimento dovrà essere giustificata da una pluralità di percezioni pregresse di quello stesso individuo, mentre nel caso dell'esperto la capacità di riconoscimento potrà derivare anche da ragioni non-percettive (inferenziali o testimoniali).

¹²³ Non intendo qui presupporre una particolare precisa filosofia della percezione o impegnarmi in relazione al problema kantiano di come il nostro intelletto operi la categorizzazione del molteplice fenomenico in oggetti. Ciò che intendo dire è una cosa piuttosto banale. Si tratta di intendersi sulla nozione di “percezione”. Quando si parla di perizia “percipiente” normalmente non si vuole alludere ad un accesso privilegiato dell'esperto a certe esperienze sensoriali, ma piuttosto alla capacità di *desumere qualcosa* da certe esperienze sensoriali. D'altro canto, non voglio affatto dire che questo tipo di inferenza sia agevolmente verbalizzabile o coscientemente sia tradotta in parole dall'esperto nel momento in cui la compie. Come scrivono Collins e Evans, l'expertise è spesso possibile solo in virtù di una *conoscenza tacita*: “Mastering a tacit knowledge-laden specialism to a high level of expertise, whether it is car-driving or physics, ought, then, to be like learning a natural language—something attained by interactive immersion in the way of life of the culture rather than by extended study of dictionaries and grammars or their equivalents” [Collins e Evans, 2007, p. 23]. Sulla nozione di conoscenza tacita cfr. Polanyi [1962, pt. II]. Conoscenza tacita, non verbalizzabile, è – secondo Gilbert Ryle – tutto il cosiddetto *know how*: “intelligent performance need incorporate no ‘shadow-act’ of contemplating regulative propositions” [Ryle, 1945, p. 2]. Sul punto v. anche Ryle [2009, pp. 14-47]. Che però la *knowledge how* non sia, come pensa Ryle, a sua volta *un tipo* di conoscenza proposizionale è assai discutibile, cfr. Ginet [1975]; Jason e Williamson [2001]; Rosefeld [2004]; Fantl [2012].

dalle caratteristiche del quadro la sua appartenenza alla categoria dei quadri di Caravaggio; il medico avrà la funzione di desumere da determinati sintomi l'appartenenza della lesione della persona offesa alla categoria delle emorragie cerebrali. La conoscenza in virtù della quale l'esperto è chiamato a operare nel processo riguarda pur sempre la correlazione astratta tra proprietà: per esempio, determinate sfumature di colore e il tipo di pigmenti usati in Italia a cavallo tra Cinquecento e Seicento; determinati sintomi e l'emorragia cerebrale.

Una distinzione rigida tra funzione percipiente e deducente è difficile da delineare. Anche nell'esempio discusso precedentemente, quello dell'entomologa che guarda le fotografie, il ruolo percipiente si compenetra con quello deducente. In entrambi i casi, l'entomologa è in grado di operare come esperta in virtù della sua capacità di formulare inferenze sulla base della conoscenza di fatti generali. Il giudice non si affida all'entomologa solo per giustificare l'inferenza che *dato* che le larve di *calliphora* si sono sviluppate, *allora* la morte deve essere avvenuta in un certo lasso di tempo, ma anche per riconoscere che *dato* che le larve delle fotografie presentano determinate caratteristiche *allora* sono larve di *calliphora*. Quando l'entomologa osserva il cadavere nella fotografia e osserva particolari insetti su di esso, percepisce un fatto particolare che è inaccessibile ai profani. Ma ciò non perché il giudice e le parti non abbiano accesso all'esperienza percettiva delle fotografie, ma perché l'entomologa a differenza del giudice e le parti è in grado di *inferire* dalle caratteristiche di quegli insetti, visibili anche da una persona digiuna di entomologia, il fatto che appartengano ad una certa specie.

3.4. Le condizioni della deferenza epistemica verso testimoni comuni ed esperti

Si possono, dunque, così discriminare le condizioni della deferenza epistemica verso i testimoni comuni e verso gli esperti:

Deferenza epistemica verso il testimone comune

S ha una ragione per credere p perché T ha asserito u
sul presupposto che p rappresenti un fatto particolare f e T abbia percepito f.

Deferenza epistemica verso l'esperto

S ha una ragione per credere p perché E ha asserito u
sul presupposto che p rappresenti un fatto generale F ed E conosca F
oppure

sul presupposto che p rappresenti un fatto particolare f, f sia implicato da F, ed E conosca F¹²⁴.

Per esempio:

Deferenza epistemica verso il testimone comune

Il giudice ha una ragione per credere che il cadavere di Chiara il primo gennaio fosse pieno di larve perché il testimone A asserisce che il corpo di Chiara il primo gennaio era pieno di larve e perché il giudice crede che il testimone A abbia visto che il corpo di Chiara il primo gennaio era pieno di larve (percezione di un fatto particolare).

Deferenza epistemica verso l'esperto

Il giudice ha una ragione per credere che Chiara non può essere morta dopo il 25 dicembre perché il giudice crede che l'entomologa C sappia che le larve ritrovate nel corpo di Chiara erano di *calliphora vomitoria* e che ogni larva di quella specie impiega dai 7 ai 14 giorni per svilupparsi in un cadavere umano (conoscenza di un fatto generale).

In altre parole trattiamo diversamente le due categorie di dichiaranti perché riconosciamo loro un diverso privilegio epistemico. Questa distinzione generale ci consente di riconoscere come testimoni comuni o esperti anche figure della vita quotidiana che operano al di fuori del processo. Se mia nonna mi riferisce che da bambino ero una peste, la mia fiducia nella sua affermazione sarà condizionata alla credenza che mia nonna mi abbia visto o sentito comportarmi da peste. Sarò epistemicamente deferente nei suoi confronti solo sul presupposto che mia nonna abbia memoria della percezione del fatto oggetto della sua narrazione. Diversamente se vado dal medico e questi mi riferisce che ho l'artrite, la mia fiducia nella sua affermazione non sarà necessariamente condizionata dal fatto che il medico abbia visto, udito, o altrimenti percepito coi suoi sensi qualche cosa che io non ho percepito. È possibile anzi che il medico fondi la sua diagnosi su percezioni di sintomi che sono *io* a riferirgli. La sua abilità sarà quella di selezionare – sulla base di fatti generali che riguardano il fenomeno artrite – i sintomi rilevanti, associarli alla nozione di artrite, e inferirne una serie di conseguenze a me ignote circa lo stato delle mie articolazioni. La mia fiducia nella capacità del medico di formulare giudizi sul mio stato di salute sarà relativa all'abilità di quest'ultimo, sulla base della sua istruzione, di formulare giudizi di tipo ipotetico e generale: “se si presentano quei sintomi, il paziente

¹²⁴ Nella rappresentazione dell'“argument from expert opinion” fornita da Walton, Reed e Macagno sono ritracciabili gli elementi di quella che qui chiamiamo deferenza epistemica verso esperti:

“Major Premise: Source E is an expert in subject domain S containing proposition A.

Minor Premise: E asserts that statement A is true (false).

Conclusion: A is true (false)” [Walton, Reed e Macagno, 2008, p. 310].

probabilmente è affetto da artrite”; “se è affetto da artrite, allora dovremo aspettarci queste e queste conseguenze”... Nei due casi, tratterò mia nonna e il medico rispettivamente come un testimone comune e come un esperto.

Chiariti i diversi presupposti della deferenza verso le due categorie di dichiaranti, possiamo fare una considerazione banale, che però come vedremo ha conseguenze non banali sul piano teorico. Tali presupposti non sono delle caratteristiche intrinseche al dichiarante. Sono caratteristiche della *relazione* tra il dichiarante e il soggetto deferente. Siamo deferenti verso un soggetto in quanto testimone perché quel soggetto ha percepito un fatto, certo, ma non un fatto qualsiasi: un fatto passato di cui *noi* non siamo stati testimoni. Analogamente, siamo deferenti verso un soggetto in quanto esperto perché quel soggetto conosce un fatto generale, a cui *noi*, per motivi di tempo, cultura o intelligenza, non avremmo altrimenti accesso.

I presupposti della deferenza epistemica sono doppiamente relativi. Sono relativi in un primo senso, perché cambiano in relazione alla posizione epistemica del soggetto deferente, e in un secondo senso, perché cambiano in relazione alla proposizione che è oggetto della dichiarazione. Un soggetto non è un testimone o un esperto in assoluto, ma è un testimone o un esperto *di qualcosa per qualcuno*. La deferenza epistemica si giustifica solo a condizione che il soggetto deferente riconosca nel dichiarante un qualche tipo di *privilegio epistemico* rispetto a sé in relazione alla possibilità di conoscere il valore di verità di una proposizione o un insieme di proposizioni. Per capire se possiamo essere deferenti nei confronti di un soggetto dobbiamo in primo luogo identificare una proposizione sul cui valore di verità siamo incerti e valutare se ci sono ragioni per ritenere che il soggetto possa determinare il valore di verità di quella proposizione meglio di noi.

Il giudice deve prestare attenzione a questo aspetto. Deve sempre distinguere le proposizioni rispetto alle quali il dichiarante ha un privilegio epistemico rispetto a lui da quelle in cui non ce l'ha. Nel caso del testimone comune, il privilegio epistemico riguarda proposizioni che descrivono fatti individuali, il cui soggetto è una delle cose o delle persone di cui si discute nel processo ed è determinato attraverso un'espressione indicale o un nome proprio. Nel caso dell'esperto, il privilegio epistemico riguarda un fatto generale che consente di formulare un'inferenza che il giudice non è in grado di compiere e utile per la soluzione del caso.

Torniamo ora all'esempio del testimone che dice che l'imputato non era in Italia il giorno della morte di Chiara perché l'imputato e tutti i membri della sua famiglia, tutti gli anni, durante le vacanze di

Natale, vanno a New York. Questa affermazione ha un contenuto complesso perché non rappresenta *di per sé* la proposizione da cui deriva il privilegio epistemico del dichiarante. È il risultato di un ragionamento del testimone. Per esempio il testimone potrebbe avere ragionato in questo modo:

Se vedo una persona prendere dei biglietti per New York, quella persona poi va a New York.

Ho visto Giovanni prendere dei biglietti per New York tutti gli anni dal 2012 al 2017.

Tutti gli anni Giovanni va a New York.

La seconda premessa del ragionamento¹²⁵, in mancanza della testimonianza, è necessariamente inaccessibile al giudice: se non lo fosse non ci sarebbe bisogno di chiamare il testimone a deporre. È quella che custodisce l'informazione che il giudice vuole ottenere dalla deposizione. Tuttavia il giudice potrebbe rifiutare la conclusione del ragionamento perché non è convinto della premessa di partenza. (Non avrebbe potuto almeno questa volta Giovanni comprare il biglietto solo per preconstituirsì un alibi? Non potrebbe avere avuto un contrattempo dovuto, magari, proprio a una lite con la vittima?) Il testimone non ha alcun privilegio epistemico rispetto al giudice in relazione alla premessa di partenza¹²⁶. Quando i giudici e le parti raccomandano ai testimoni di *attenersi ai fatti* – intendendo con questa espressione quelli che abbiamo chiamato “fatti particolari” – lo fanno proprio per individuare le proposizioni che rappresentano nel modo più fedele possibile i fatti di cui il soggetto è stato effettivamente testimone.

Viceversa il privilegio epistemico degli esperti consiste nella loro capacità di compere inferenze che solo la conoscenza di un fatto generale ignoto ai non esperti rende possibile. Possiamo chiamare queste inferenze *inferenze tecniche*. Per esempio:

¹²⁵ Per semplicità rappresento il ragionamento come se fosse deduttivo ma in realtà è abduttivo. Il dichiarante riconosce nel fatto che una persona vada a New York tutti gli anni la miglior spiegazione del fatto che tutti gli anni compri un biglietto per New York.

¹²⁶ La narrazione di un fatto da parte di un testimone comune presuppone *in ogni caso* un giudizio inferenziale – questo è accettato sia da Stein che da Carnelutti – perché richiede la sussunzione di dati sensoriali in formule linguistiche. Per esempio, il testimone che afferma di aver visto un cane, può farlo solo perché inferisce da alcune caratteristiche dell'animale che ha visto (pelo, muso, latrati eccetera) che è un'istanza di ciò che si chiama normalmente “cane”. A differenza del perito percipiente, però la funzione del testimone comune non è dovuta alla sua capacità di compiere quell'inferenza. L'inferenza concessa al testimone è banale. Deve esserlo per essere innocua. Chiunque saprebbe compierla, non è un'inferenza tecnica, e non è nella capacità di compierla che risiede il valore epistemico che distingue il testimone nel processo.

Se le larve rappresentate nelle fotografie di Chiara presentano le caratteristiche... sono di *calliphora vomitoria*.

Le larve rappresentate nelle fotografie di Chiara presentano le caratteristiche...

Le larve rappresentate in queste fotografie sono di *calliphora vomitoria*.

Se in un cadavere umano si sono sviluppate larve di *calliphora vomitoria*, allora significa che probabilmente il soggetto è deceduto almeno da una settimana.

Nel cadavere di Chiara si sono sviluppate larve di *calliphora vomitoria*.

Probabilmente Chiara è morta almeno da una settimana.

Come si vede, ci sono due inferenze intrecciate in questo caso, la prima compiuta dall'entomologa nella veste di perito percipiente, che la porta a riconoscere la specie di appartenenza degli insetti rappresentati dalle fotografie; la seconda compiuta nella veste di perito deducente, che le consente di determinare il *tempus commissi delicti*. L'entomologa è in grado di compiere queste inferenze perché conosce fatti generali, ignoti alla maggior parte delle persone: i fatti descritti dalle proposizioni che costituiscono le premesse maggiori dei due sillogismi. Il giudice e le parti hanno motivo per trattare l'entomologa come un'esperta solo se non hanno modo per motivi di tempo, cultura o intelligenza di verificare altrimenti la verità di quelle premesse. Tuttavia il giudice – magari su sollecitazione di una delle parti – potrebbe rifiutare la conclusione del ragionamento dell'esperto perché non è convinto della correttezza della premessa minore del primo sillogismo. Il pubblico ministero, per esempio, potrebbe obiettare nel corso del controesame: “Lei dice nella sua relazione che la *calliphora* allo stato larvale presenta striature ma... le striature che lei ha osservato sono dovute solo a un difetto del fotocopiatore con cui è stata riprodotta la fotografia presente nella relazione...”. In altre parole, anche in questo caso il privilegio epistemico del dichiarante è circoscritto solo ad alcune proposizioni: quelle che rappresentano i fatti generali e che autorizzano il compimento di inferenze tecniche. Se la deposizione è il frutto anche di premesse diverse, rispetto alle quali l'esperto non ha alcun privilegio epistemico, il giudice e le parti potranno verificare la correttezza di queste premesse.

3.5. Le nozioni di “esperto”, “inferenza tecnica” e “concetto tecnico”

Utilizzerò qui le locuzioni “esperto” e “inferenza tecnica” con significati strettamente correlati: l'una è definita mediante l'altra. Le considerazioni che in questo lavoro riferirò agli “esperti” credo possano essere estese a tutte le figure operanti nel diritto positivo che siano riconducibili a questa definizione:

gli esperti sono persone in grado di compiere inferenze che il giudice o le parti non sono in grado di compiere (inferenze tecniche) e che *in virtù di questo* assumono un ruolo all'interno del processo¹²⁷. All'interno di questa generica definizione rientrano figure processuali di vario tipo, variamente classificate negli ordinamenti giuridici: consulenti tecnici del giudice, delle parti, periti, *expert witnesses*, *amici curiae* o addirittura membri specializzati di alcuni collegi giudicanti (si pensi ad esempio ai giudici non togati, esperti in psicologia infantile o psichiatria pediatrica, che in Italia operano nei collegi giudicanti competenti in materia di reati commessi da minorenni).

I sociologi della scienza Collins ed Evans sottolineano che quando si tenta di definire l'expertise è fondamentale fare una distinzione concettuale: quella tra una nozione *relazionale* e una nozione *reale* di expertise:

Gli approcci relazionali considerano l'expertise come un fatto riguardante la relazione degli esperti con gli altri. L'idea che l'expertise sia solo un'"attribuzione" – l'assegnazione spesso retroattiva di un'etichetta – è un esempio di teoria relazionale. L'approccio realista [...] è diverso. Muove dall'idea che l'expertise sia il possesso reale ed effettivo di un gruppo di esperti e che gli individui acquisiscano reale ed effettiva expertise attraverso la loro appartenenza a tali gruppi. [...] L'acquisizione di expertise [...] è più dell'attribuzione di una qualifica da parte di un gruppo sociale, anche se l'acquisizione dell'expertise è un processo sociale.[...] Degli individui possono possedere expertise o meno indipendentemente dal fatto di essere riconosciuti dagli altri come esperti. Per fare un esempio, in Francia tutti parlano francese, anche i bambini piccoli e questa non è considerata una forma di expertise. Al contrario in Gran Bretagna una persona che parla correntemente in francese è considerata esperta e può, per esempio, ottenere una

¹²⁷ A prima vista, potrebbe sembrare che gli esperti di alcune particolari discipline non possano essere fatti rientrare in questa definizione: in particolare, il caso dello storico sembrerebbe offrire un buon controesempio. Lo storico sembrerebbe essere un esperto solo in virtù della sua conoscenza di fatti particolari: i particolari eventi storici appresi nel corso della sua formazione. Questa obiezione però si fonda su una concezione falsata della scienza storica, ridotta a una mera elencazione acritica di fatti. In realtà, la ragione per cui attribuiamo anche agli storici la qualità di esperti è la loro capacità di vagliare criticamente le fonti storiche e interpretare e classificare gli eventi di un certo periodo in modo sistematico e significativo. Di questo abbiamo conferma se osserviamo la funzione giocata dalla deposizione degli storici nel ragionamento probatorio quando sono chiamati a operare come periti in concrete vicende giudiziarie. Di fatto, anche il perito storico ha un ruolo nel processo in virtù della sua conoscenza di proposizioni del tipo "*Per ogni x, se x ha la proprietà ϕ , allora x ha la proprietà ψ* ". Nel noto processo a carico di Erich Priebke per esempio "per escludere l'operatività dello stato di necessità, disciplinato dall'art. 54 c.p., i giudici fanno propria la massima d'esperienza che [gli storici] Pezzino e Gentile forniscono loro, secondo la quale non risulta provato neppure un caso di uccisione di soldati nazisti che si fossero rifiutati di eseguire gli ordini" [Rosoni, 2009, p. 191]. L'autorità epistemica dello storico viene utilizzata per argomentare la fondatezza del giudizio generale per cui "Per ogni x, se x è un ufficiale delle S.S. operante della Germania del Terzo Reich, è improbabile che x venga giustiziato per non avere eseguito un ordine".

retribuzione per lavorare come interprete o traduttore. Nell'analisi realista/sostanziale dell'expertise, invece, il livello di expertise nella padronanza di una lingua è costante indipendentemente dal paese in cui si parla la lingua [Collins ed Evans, 2007, pp. 2-3, traduzione mia¹²⁸]

Quella che qui ho adottato è una definizione che compenetra un elemento relazionale e uno reale. Parlo di esperti per indicare coloro che sono *considerati tali* nell'ambito del processo. D'altro canto, è parte della nozione di esperto per come l'abbiamo definita il fatto che essa si fondi su un dato reale: l'effettiva capacità dell'esperto di compiere inferenze corrette, che i soggetti deferenti non sono in grado di compiere, quelle che abbiamo chiamato "inferenze tecniche".

Un elemento importante delle inferenze tecniche degli esperti, su cui torneremo nei capitoli seguenti, sta nel fatto che, normalmente, esse non sono esprimibili servendosi di termini laici: la loro formulazione richiede termini particolari assenti nel lessico delle persone comuni, o associati nel lessico delle persone comuni a concetti diversi e non specialistici. Nella regola "per ogni x, se x ha la proprietà ϕ , allora x ha la proprietà ψ ", normalmente, o la proprietà ϕ o la proprietà ψ , o entrambe, sono espresse con termini tecnici e associate a concetti che nel linguaggio delle persone comuni non hanno nome. In altre parole, normalmente, solo in virtù della loro capacità di sussumere determinati fenomeni in categorie specialistiche, in particolari *concetti tecnici*, gli esperti sono in grado di formulare inferenze tecniche. Se l'entomologa C non avesse posseduto il concetto di *calliphora vomitoria*, non sarebbe stata in grado di dire alcunché circa le larve presenti nel cadavere di Chiara né sul tempo del decesso. Se il medico non fosse stato in grado di sussumere la condizione del paziente nel concetto tecnico di "artrite", difficilmente sarebbe riuscito a dire alcunché di rilevante

¹²⁸ Testo originale:

"Relational approaches take expertise to be a matter of experts' relations with others. The notion that expertise is only an "attribution"—the, often retrospective, assignment of a label—is an example of a relational theory. The realist approach [...] is different. It starts from the view that expertise is the real and substantive possession of groups of experts and that individuals acquire real and substantive expertise through their membership of those groups. [...] Acquiring expertise is [...] more than attribution by a social group even though acquiring it is a social process [...]. [I]ndividuals may or may not possess expertise independently of whether others think they possess expertise. To give a simple example, in France everyone can speak French, "even the little children," and it is not thought of as an expertise. On the other hand, in Britain a person who is fluent in French is thought of as an expert and can, for example, command a salary as a translator or teacher. It's the opposite way round in France, where it is speaking English that counts as the useful expertise. In a purely relational theory the expertise involved in speaking French and English is no more nor less than that attributed to speakers of the languages in their respective countries. In a realist/substantive analysis, on the other hand, the degree of expertise in speaking a language remains the same in whichever country the language is spoken".

sul suo stato di salute. E così via. In altre parole, la capacità degli esperti di formulare particolari inferenze è spesso inseparabile dalla loro capacità di organizzare concettualmente e linguisticamente il mondo in un determinato modo¹²⁹.

Ciò spiega una caratteristica tipica del linguaggio degli esperti: la sua incomprensibilità. Mentre nel linguaggio comune il criterio di adeguatezza che ci porta a qualificare un determinato oggetto come rientrante nel dominio concettuale assegnato a un determinato termine è prevalentemente sociolinguistico (ci preme adottare la definizione condivisa di un termine perché le persone *ci comprendano* quando utilizziamo quel termine), nel linguaggio tecnico il criterio di adeguatezza è l'utilità del concetto associato al termine nella formulazione di inferenze tecniche valide (all'esperto preme adottare la definizione del termine tecnico che renda vera la regola inferenziale impiegata). L'uso corretto di un termine in un dominio tecnico è un problema che trascende quello del suo significato corrente. Per esempio, che una determinata definizione di *calliphora vomitoria* sia corretta non dipende da una mera convenzione tra i biologi, ma dal fatto che tale definizione rispetta criteri che consentono di trarre informazioni utili sui singoli esemplari che rientrano in essa, tra cui per esempio l'informazione circa la durata del loro ciclo di sviluppo impiegata dall'entomologa nell'esempio che abbiamo discusso¹³⁰.

Il carattere tecnico del linguaggio degli esperti è un aspetto di cruciale importanza. Dobbiamo tenerlo presente quando ci proponiamo di determinare quale sia il grado di comprensione di una perizia che il giudice deve raggiungere per fondare su di essa il proprio convincimento. La ragione per cui dipendiamo dagli esperti (la loro capacità di fare inferenze tecniche, che noi non siamo in grado di fare) è causalmente correlata con la ragione per cui molte volte non siamo in grado di comprendere

¹²⁹ Sono immaginabili casi di inferenze tecniche che operino in assenza di concetti tecnici? Non sono comuni ma sono possibili. Pensiamo al caso di uno storico della letteratura chiamato a verificare l'autenticità di un diario del poeta Carlo Porta. L'inferenza la cui conoscenza qualifica l'esperto come tale potrebbe essere di questo tenore:

Se uno scritto contiene l'espressione X tipica del dialetto milanese del settecento e in particolare del lessico familiare di Carlo Porta, allora è probabile che sia stato scritto da Carlo Porta.

In questo diario ricorre l'espressione X.

Allora è probabile che il diario sia stato scritto da Carlo Porta.

¹³⁰ Nell'ambito della classificazione binomiale degli esseri viventi in biologia, si ritiene che le partizioni concettuali in gruppi tassonomici debbano essere compiute secondo un albero filogenetico, ossia un diagramma che espliciti le relazioni di discendenza comune tra di essi. Ciò perché è noto che le caratteristiche studiate dalla biologia si tramandano geneticamente e quindi una classificazione basata su questo tipo di relazioni consente una più razionale organizzazione delle informazioni e attribuisce ai termini un maggior potere esplicativo.

le loro parole (in particolare, il loro uso di termini associati a concetti tecnici). Se vogliamo beneficiare delle competenze degli esperti, senza sopportare gli oneri (epistemici, temporali, economici...) necessari per diventare a nostra volta esperti, dobbiamo rassegnarci ad accettare come corretti dei ragionamenti che noi stessi non siamo in grado, non solo di compiere in modo autonomo, ma nemmeno di comprendere esattamente¹³¹.

Prendiamo l'inferenza compiuta dall'entomologa, che come abbiamo visto può essere schematizzata nel seguente sillogismo.

Se in un cadavere umano si sono sviluppate larve di *calliphora vomitoria*, allora significa che probabilmente il soggetto è deceduto da una settimana.

Nel cadavere di Chiara si sono sviluppate larve di *calliphora vomitoria*.

Probabilmente Chiara è morta almeno da una settimana.

Il fatto che il giudice abbia bisogno dell'esperto per ricavare l'informazione che figura nella conclusione del sillogismo è strettamente correlato al fatto che il giudice non possiede il concetto di *calliphora vomitoria* con cui è rappresentato il termine medio e pertanto non è in grado di acquisire il contenuto proposizionale associato agli enunciati che costituiscono le premesse maggiore e minore.

L'esperto dunque può sostituire il giudice nel compito di inferenze che il giudice non solo non è in grado di *compiere* in modo autonomo ma nemmeno, di regola, di *comprendere*. Certo il giudice potrebbe sospendere il processo per fare un corso accelerato di entomologia per apprendere a distinguere in modo autonomo la *calliphora vomitoria* dalla *chrysomya megacephala* e acquisire una conoscenza critica della letteratura rilevante circa la durata dello stadio larvale dei ditteri. Ma se il legislatore processuale ammettesse tutto questo ciò chiaramente rappresenterebbe una allocazione irrazionale di risorse.

¹³¹ Alcune interessanti considerazioni sull'uso di termini incomprensibili da parte del teste esperto nel corso dell'esame e del controesame si trovano in Carponi Schittar [2001, pp. 189-190].

4. La rilevanza giuridica come limite alla deferenza del giudice

4.1. L'expertise del giudice

Abbiamo detto che un presupposto per comprendere la legittimità della deferenza epistemica di un soggetto S verso un altro soggetto T è l'identificazione della proposizione p rispetto alla quale T ha o sembra avere un privilegio epistemico rispetto a S. Un presupposto per valutare se sia legittimo essere epistemicamente deferente verso un soggetto è identificare la proposizione che in virtù della dichiarazione del soggetto si considererà vera o falsa. L'esperto non può essere lasciato libero di identificare l'oggetto del suo accertamento: non solo perché solamente definito tale oggetto è possibile capire se egli sia cioè *effettivamente esperto* in esso, ma anche perché come dice un antico brocardo *frustra probatur quod probatum non relevat*. È inutile la prova di fatti giuridicamente irrilevanti¹³².

Tutto questo però pone un problema in ambito giudiziario perché in un processo di solito non è in contestazione solo se una certa proposizione giuridicamente rilevante sia vera o falsa, ma quasi sempre anche quale sia la proposizione giuridicamente rilevante. Questi due problemi sono spesso ambiguamente intrecciati, in virtù del fenomeno noto come circolo ermeneutico¹³³. Senza

¹³² Esistono due sensi di rilevanza giuridica. Ci sono i fatti *direttamente rilevanti* che compaiono come condizione di avveramento di norme giuridiche (*material facts*) e i fatti *indirettamente rilevanti*, che vanno provati in quanto possono entrare a far parte di un ragionamento probatorio per affermare la sussistenza o insussistenza dei primi [Taruffo, 2009a, p. 42]. In quanto segue uso il termine rilevanza per riferirmi ai fatti *direttamente* rilevanti, con la precisazione però che anche i fatti direttamente sussumibili in norme probatorie (per esempio norme che fissano presunzioni) devono essere considerati *direttamente* rilevanti in questo senso. Per marcare la differenza tra fatti direttamente e indirettamente rilevanti a volte si parla rispettivamente “fatti principali” e “fatti secondari” [Canale e Tuzet, 2019, p. 35].

¹³³ Il dizionario filosofico definisce l'espressione “circolo ermeneutico” come “[l]a situazione circolare per cui, nel processo interpretativo, ciò che si deve comprendere risulta già, in qualche maniera, preliminarmente compreso” [Fornero, p. 158]. Ma in ambito giuridico questa nozione assume spesso un significato più specifico, che attiene al problematico rapporto tra due attività: l'accertamento di un fatto e l'identificazione della norma che lo rende giuridicamente rilevante. Sul punto cfr. lo stesso Gadamer [2000, p. 675].

Scrivo in proposito Canale:

“Il ragionamento giuridico non muove da premesse date per giungere a una conclusione necessaria: esso prende avvio da una ipotesi di decisione per risalire alle premesse che la giustificano. Secondo l'ermeneutica giuridica, infatti, le premesse normative e fattuali della decisione sono costruite dal giudice muovendo dall'ipotesi decisionale di partenza. L'insieme di attività mediante le quali la costruzione delle premesse avviene assume il nome di circolo ermeneutico” [Canale, 2013, p. 208].

La situazione appare circolare perché l'identificazione della norma rilevante per il caso, nella quale sussumere il fatto che si è verificato, dipende dalla natura di quest'ultimo, ma l'accertamento del fatto che si è verificato è possibile solo sapendo

l'identificazione precisa di questa proposizione chiave, però, il rapporto tra giudice ed esperto rischia di essere viziato. Se non si identifica questa proposizione non sarà possibile distinguere la questione di fatto dalla questione di diritto e di conseguenza l'ambito rispetto al quale il giudice deve mantenere un'autonomia di giudizio da quello in cui può essere autorizzato – sussistendone i requisiti – a deferire la propria valutazione all'esperto¹³⁴.

L'applicazione del diritto richiede molto spesso la conoscenza di materie diverse dal diritto. Medici, ingegneri, epidemiologi, chimici, storici dell'arte, informatici, economisti, fisici ed esponenti di quasi ogni altra branca dello scibile umano possono essere tutti portatori di informazioni essenziali per comprendere chi abbia diritto a che cosa (o debba fare che cosa, o possieda quale status) in base alla legge in una determinata circostanza. La ragione è piuttosto ovvia, se si considera il rapporto di dipendenza strutturale che esiste tra diritto ed accertamenti di fatto.

La disciplina giuridica applicabile a un caso concreto dipende *sempre* dalla verità di determinate proposizioni: si può formulare una conclusione giuridica in relazione ad un caso concreto solo sul presupposto che determinati fatti si siano verificati. Ad esempio, per sapere se il giovane infermiere Tizio abbia diritto a ricevere in eredità, dall'anziana signora Caia, duecentomila euro, può essere necessario determinare se Caia fosse capace di intendere e volere nel momento in cui ha redatto il testamento. Per sapere se Sempronio abbia diritto a brevettare la macchina impastatrice Flux, può essere imprescindibile accertare se la macchina impastatrice Flux operi sulla base di un algoritmo mai adottato nell'industria delle macchine impastatrici. Per sapere se Mevio sia punibile per

già qual è la norma rilevante. Questo certamente problematica dal punto di vista pratico la scissione delle operazioni di interpretazione del diritto da un lato e accertamento del fatto rilevante dall'altro:

“C'è un circolo fra parte e tutto. Ma nel processo, venendo dunque all'ermeneutica giuridica, c'è anche una circolarità tra fatti e norme così come tra norme legislative generali e astratte ed esigenze del caso concreto. Questa dialettica è uno degli aspetti dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto su cui maggiormente insiste l'ermeneutica giuridica: per quest'ultima è artificioso e in qualche modo sterile pensare alla norma e al caso come entità separate, radicalmente eterogenee, in sé compiute” [Tuzet, 2016a, p. 21].

¹³⁴ Per una descrizione del crinale tra questioni di fatto e di diritto compatibile a quello che qui presuppongo, cfr. Endicott [1998]. Secondo Endicott, è sempre possibile una distinzione *analitica* e non meramente pragmatica tra questioni di diritto e questioni di fatto. Una questione di applicazione (della legge a un caso concreto) del tipo “Il comportamento di Brutus è stato offensivo nel senso di cui al *Public Order Act* del 1936?” è sempre scomponibile in una questione di diritto e una questione di fatto. Per esempio: “Se Brutus ha compiuto il comportamento x, Brutus ha compiuto un comportamento offensivo nel senso di cui al *Public Order Act* del 1936?” (questione di diritto); “Brutus ha compiuto il comportamento x?” (questione di fatto).

aggiotaggio, può risultare essenziale verificare che le notizie da lui divulgate riguardo alle condizioni finanziarie della società Alfa fossero false. Per sapere se la confessione di Filano sia stata estorta in modo illecito e sia pertanto inutilizzabile come prova ai fini dell'applicazione della custodia cautelare, può rivelarsi determinante se la polizia abbia costretto Filano ad assumere delle droghe prima della sua deposizione. E così via.

Nel dire tutto questo presuppongo una concezione sillogistica della sentenza, alla Beccaria, ma non intendo affatto suggerire che la competenza del giurista si esaurisca nel compimento di sillogismi. Come scriveva icasticamente Calamandrei [1954, p. 60]: “chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro la sua mummia”. L'immagine di Calamandrei può essere accettata purché si interpreti la metafora dello scheletro nel modo corretto: non è possibile una sentenza, né l'applicazione di una norma ad un caso concreto, senza un sillogismo, così come non ci può essere un essere umano senza un apparato scheletrico. La capacità di formulare sillogismi è essenziale per il compimento di un ragionamento giuridicamente corretto, ma ovviamente non esaurisce l'insieme delle competenze necessarie per scrivere una sentenza. Più precisamente, per usare una terminologia che ricorre nella teoria del diritto, la competenza logica assiste il giudicante nella *giustificazione interna* del suo ragionamento, mentre competenze giuridiche ed extragiuridiche, che trascendono la logica, sono necessarie nella *giustificazione esterna* delle premesse maggiore e minore del ragionamento¹³⁵. La giustificazione interna tendenzialmente è banale. Non è in essa che si realizza l'expertise specifica del giurista. Come scrive Calogero:

[È] naturale che si concepisca il giudicare giurisdizionale come giudicare logico [...]. La ferrea razionalità del sillogismo è, d'altronde, [...] quella per cui *presupposte le premesse*, si procede da esse alla conclusione: è quindi necessario che esse siano note al giudice, perché egli possa aggredirle con l'attività propriamente logica della sua ragione. [...] Senonché poste così le cose, ecco che la montagna partorisce il topo. Chi non saprebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica [...] ma anche l'ultimo dei mortali, e magari una scimmia o un cane con cui si riuscisse ad intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l'asino, avendo appreso come verità generale [...] che a un certo movimento del braccio del padrone

¹³⁵ Queste le definizioni di queste due locuzioni fornite da Riccardo Guastini:

“La giustificazione interna è un ragionamento deduttivo, mediante il quale il giudice applica una *regola*. [...] La giustificazione esterna è l'insieme dei ragionamenti – più o meno persuasivi, ma solitamente *non* deduttivi – mediante i quali il giudice giustifica le premesse della giustificazione interna” [Guastini, 2011, pp. 257-258].

Sulla stessa dicotomia cfr. Wróblewski [1971, p. 412], Feteris [1999, pp. 20 e 135], Canale e Tuzet [2019, pp. 15-18].

segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l'inizio di quel movimento?) saprebbe dire quale conclusione discende da quelle premesse. Occorrerebbe mantenere tanti organi giurisdizionali, e amministrare la giustizia in nome della suprema autorità dello stato, se la funzione essenziale e centrale della giurisdizione consistesse veramente nel trovare quale conclusione sillogistica derivi da due premesse già note, come 'I debitori sono tenuti a pagare' e 'Tizio è debitore'? Le cause potrebbero decidersi per le strade e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati ma solo di usceri e carabinieri [Calogero, 1964, p. 50]

L'abilità del giurista non sta nell'esecuzione corretta di sillogismi, ma piuttosto nella determinazione delle premesse da cui quei sillogismi muovono e, in particolare, nella determinazione del contenuto proposizionale delle premesse maggiori che definiscono quali fatti assumono rilevanza giuridica. La determinazione astratta del tipo di fatto che il diritto assume come presupposto di una determinata disciplina è una questione che richiede competenze giuridiche; l'accertamento di una particolare istanza di quel tipo di fatto in un caso concreto non le richiede. Domandarsi quale dovrebbe essere il limite della deferenza epistemica del giudice dunque significa anche interrogarsi sull'oggetto e i limiti della scienza giuridica. In altri termini, per determinare quali siano le domande alle quali un giurista non dovrebbe rispondere autonomamente ma, con umiltà intellettuale, dovrebbe accettare di rivolgersi ad esperti, occorre capire quali sono le domande cui invece spetta precisamente ai giuristi rispondere.

Il giudice stesso, così come gli avvocati che operano nel processo, è o dovrebbe essere un esperto nel senso indicato nei paragrafi precedenti. Ciò che conferisce al giudice, in quanto giurista, la competenza epistemica necessaria per esprimere il proprio giudizio non è la percezione di un fatto particolare, non un contatto personale con i fatti che il processo tenta di ricostruire e valutare, bensì la conoscenza di fatti generali. Se un giurista giunge alla conclusione che due persone hanno concluso un contratto di vendita, non lo fa grazie al fatto di avere notato nel contegno dei contraenti dei dettagli che ai non giuristi erano sfuggiti. Le informazioni che il giurista possiede in relazione alla vendita tra quei due, ignote ai non giuristi, non derivano dalla specificità storica del loro comportamento, derivano dalla conoscenza del giurista di fatti generali relativi all'istituto della vendita. Come deve interagire dunque l'expertise giuridica con l'expertise in altre discipline nella soluzione di concreti casi giuridici?

Il giurista è professionalmente preparato a formulare, sulla base della sua conoscenza delle fonti del diritto, giudizi ipotetici che condizionano determinate conclusioni normative alla verità di determinati fatti. Di regola, invece, il giurista non ha in quanto tale nessuna particolare competenza nella formulazione e giustificazione di giudizi circa la verità dei fatti dai quali le conclusioni normative

dipendono. Per la determinazione di tali fatti può essere necessario l'apporto delle più disparate discipline. Un giurista, per esempio, senza l'aiuto di un esperto, probabilmente non saprebbe valutare gli effetti della demenza senile di Caia sulla sua capacità testamentaria; non saprebbe autonomamente determinare il carattere innovativo della macchina impastatrice Flux; non saprebbe valutare la correttezza delle informazioni contabili relative alle condizioni finanziarie della società Alfa; non saprebbe accertare la presenza di tracce di droghe capaci di alterare la autodeterminazione di Filano nel suo sangue.

4.2. Diritto e verità

La tesi che vi sia una strutturale dipendenza tra diritto e la verità di proposizioni accertabili anche in base a discipline diverse dal diritto può sembrare banale, ma non lo è affatto. È stata a lungo dominante tra i giuristi la tesi apparentemente contraria secondo la quale la “verità” che interessa al diritto, specie nell'ambito della sua applicazione giurisdizionale, non è la verità in senso ordinario, la cosiddetta verità *materiale* di cui si interessano ad esempio le scienze naturali, ma qualcosa di diverso [cfr. Ferrer, 2007, p. 9].

Secondo Francesco Carnelutti [1992, p. 47], ad esempio, “il controllo dei fatti controversi da parte del giudice non può seguire mediante la ricerca della loro verità, ma mediante dei *processi di fissazione formale*”. Se si dovesse dare ascolto a questa tesi, il riparto di competenze tra giuristi ed esperti in altre discipline diverrebbe estremamente misterioso. Se il diritto non solo vertesse su proposizioni diverse da altre discipline, esprimibili solo attraverso concetti giuridici, ma addirittura richiedesse l'accertamento di un tipo di verità tutto suo, come andrebbe identificato il rapporto tra questa verità e quella a cui si impegnano i testimoni e gli esperti nelle loro deposizioni?

Che Tizio abbia diritto di ereditare da Caia oppure no non dipenderebbe in quest'ottica dalla verità del fatto che Caia abbia in piena lucidità testato in favore di Tizio. Dipenderebbe solo dalla fissazione formale dei presupposti giuridici della pretesa di quest'ultimo in base a regole processuali: l'allegazione del fatto costitutivo, la presentazione o meno di valide eccezioni, il rispetto di termini processuali, l'operatività di presunzioni, eccetera. Secondo questa tesi, l'applicazione di una norma giuridica non richiederebbe mai l'accertamento della verità materiale dei suoi presupposti. Se lo richiedesse – si sostiene – il diritto non riuscirebbe a svolgere la propria funzione di risolvere controversie. La verità materiale, secondo i sostenitori di questa tesi, sarebbe un obiettivo troppo ambizioso per essere raggiunto una volta per tutte in un'aula di tribunale: se l'applicazione di una norma giuridica fosse condizionata all'accertamento della verità materiale di un fatto, essa sarebbe eternamente controversa e dovrebbe essere sempre rivedibile, con grave danno per la certezza del

diritto. In alcuni casi, ciò si porrebbe anche in contrasto con valori percepiti come fondamentali per la nostra cultura giuridica, come ad esempio la presunzione di innocenza in ambito penale. Il diritto perciò non riconoscerebbe la verità ordinaria ma condizionerebbe la sua applicazione a una verità tutta sua, fabbricata dal giudice caso per caso. Parlando appunto del processo penale di tradizione accusatoria, Luigi Ferrajoli sostiene, ad esempio, che la verità alla quale l'irrogazione della sanzione è subordinata

è una verità *formale* o *processuale*, raggiunta con il rispetto di regole precise e relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge [...] non pretende di essere *la* verità; non è conseguibile mediante indagini inquisitorie estranee all'oggetto processuale; è di per sé condizionata al rispetto delle procedure e delle garanzie di difesa. È insomma una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione ma più ridotta, quanto al contenuto informativo, di qualunque ipotetica verità "sostanziale" nel quadruplice senso che è circoscritta alle tesi accusatorie formulate sulla base delle leggi, che deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, che è sempre una verità solamente probabile e opinabile, e che nel dubbio o in difetto di accuse o di prove ritualmente formate prevale la presunzione di non colpevolezza, ossia della falsità formale o processuale delle ipotesi accusatorie [Ferrajoli, 1989, p. 18].

Nella stessa tradizione si iscrive lo stesso Hans Kelsen, che attribuisce all'affermazione con cui il giudice dichiara sussistenti i presupposti in fatto dell'applicazione della norma valore *costitutivo* piuttosto che *descrittivo*:

La norma generale che collega un fatto astrattamente determinato una conseguenza pure astrattamente determinata ha bisogno di essere individualizzata per raggiungere il proprio significato. Si deve stabilire se esiste in concreto un fatto che la norma determina in astratto, ed è necessario che per questo caso concreto sia posto, cioè sia prima ordinato e poi realizzato, un atto coattivo concreto che è prescritto ugualmente dalla norma generale. Questo è quanto viene effettuato dalla sentenza, dalla così detta funzione giurisdizionale o potere giudiziario. Questa funzione non ha per nulla un carattere semplicemente dichiarativo, come è indicato dai termini 'giurisdizione' e 'ricerca del diritto' (*Rechtsfindung*) e come talvolta è ammesso dalla teoria, quasi che il diritto già compiuto nella legge, cioè nella norma generale, dovesse soltanto essere espresso o trovato nell'atto del tribunale. La così detta funzione giurisdizionale è piuttosto totalmente costitutiva, è produzione di diritto nel vero senso della parola [Kelsen, 1952, pp. 108-109].

Secondo questa prospettiva, per esempio, nel momento in cui il giudice dichiara che le informazioni diffuse da Mevio in relazione alla società Alfa sono false, pronunciando una sentenza di condanna per aggio, non pretende di *descrivere* come materialmente false, ma *decreta che contino* come

false per l'ordinamento giuridico, in base a determinate norme che lo legittimano¹³⁶. Questo carattere costitutivo spiegherebbe per esempio un fenomeno come quello del giudicato sostanziale. Ai fini giuridici, esauriti i mezzi di impugnazione, la verità accertata dal giudice diventa incontrovertibile. Anche se non è affatto... la verità¹³⁷.

Fino a questo momento ho sempre sostenuto che il giudice abbia delle buone ragioni per affidarsi agli esperti o ai testimoni per giudicare *vere* certe proposizioni. Ma se la verità materiale a cui si impegnano testimoni ed esperti nelle loro deposizioni rischiasse sempre di essere qualcosa di diverso dalla verità formale rilevante per il diritto, la mia presa di posizione potrebbe sembrare ingiustificata. Tenterò qui di mostrare che, nonostante il diritto possa essere caratterizzato da processi di fissazione formale e meccanismi presuntivi simili a quelli a cui ho appena fatto riferimento, la sua applicazione dipende sempre in fin dei conti dalla verità di proposizioni, nel senso ordinario dell'espressione, accertabile con metodi di discipline diverse dal diritto e quindi anche da parte di esperti di discipline diverse dal diritto.

¹³⁶ Scrive infatti Kelsen:

“[L]’accertamento della fattispecie delittuosa è una funzione giurisdizionale senza dubbio costitutiva. Se l’ordinamento giuridico ricollega ad una certa fattispecie, considerata come condizione, una certa conseguenza, deve anche determinare l’organo ed il procedimento con cui si deve accertare, nel caso concreto, l’esistenza della fattispecie condizionante” [Kelsen, 1966, p. 275].

Tecla Mazzaresè, interpretando e facendo propria questa tesi di Kelsen, precisa:

“[I] valori vero/falso non convengono [...] agli enunciati che esprimono norme giuridiche: delle norme giuridiche si predica la validità, non la verità. [...] [N]on si può non condividere la tesi kelseniana secondo la quale la validità della norma espressa dalla conclusione di una decisione giudiziale è il risultato non di un’inferenza logica, bensì di un atto di posizione da parte del giudice in conformità alle metanorme che, in un ordinamento giuridico individuano e definiscono le condizioni di validità di una norma” [Mazzaresè, 1996, pp. 42-43].

¹³⁷ Questo punto di vista è bene espresso anche da Neil MacCormick:

“For legal purposes, the value ‘true’ is ascribed to that which is authoritatively so certified. Except in so far as processes of appeal or review can be utilised to reverse or correct certified truths, the legal system admits of no other truth of the relevant matter, whatever the relative strengths of the reasons for believing and for disbelieving p in the first place. Finality of decision requires this. [...] In effect, legal fact-finding processes transform brute facts into institutional facts. Whatever may have happened in the world, a jury's determination that a hit b on the head and caused b's death makes that count as a legal truth, a proposition which counts as true in a certain legal process. It is true given certain legal conventions of truth-ascription. That does not, of course, make it true for all purposes, and indeed one way of justifying or criticising legal procedures is to try to form an estimate of the degree to which what is legally held true actually matches with the world as it really is (so far as one can judge of that)” [MacCormick, 1992, p. 190].

Prendiamo l'esempio del giudicato. Una sentenza passata in giudicato può contenere l'accertamento di fatti pacificamente riconosciuti come *falsi* – nell'ordinario senso dell'espressione – che nonostante questo pacifico riconoscimento dovranno continuare ad essere riconosciuti come *veri* – in ambito giuridico. In realtà, però, il fatto che l'ordinamento consideri vera agli effetti giuridici una dichiarazione compiuta dal giudice anche se è falsa, non significa necessariamente che il giudice nel compierla non abbia dovuto impegnarsi alla verità (materiale) di una proposizione.

In filosofia del linguaggio, è possibile distinguere gli atti linguistici in base alla loro *direzione di adattamento*. Un atto linguistico assertivo, come una descrizione, ha una direzione di adattamento *parola-mondo* perché esprime la pretesa che le parole con cui è espresso si adattino in modo fedele lo stato delle cose del mondo: per esempio se dico "Mario è seduto" esprimo la pretesa che la proposizione rappresenti lo stato di cose esistente nel mondo che Mario è seduto; mi *impego* alla verità del fatto che Mario è seduto. Un atto linguistico direttivo, come un ordine, ha una direzione di adattamento *mondo-parola* perché esprime la pretesa che il mondo si adatti alle parole con cui è espresso: "Mario, siediti!" esprime la pretesa che quella parte di mondo costituita da Mario si adatti all'ordine e si sieda. Ci sono poi atti linguistici che hanno una doppia direzione di adattamento, che John Searle chiama *declarations*, e che sembrano avere il carattere costitutivo che alcuni attribuiscono alle sentenze. Un esempio ricorrente di *declaration* è quella del sindaco o il ministro di culto che celebra un matrimonio, che nel dire "Vi dichiaro uniti nel vincolo del matrimonio", non si limita a descrivere la verità giuridica di quel vincolo, ma la costituisce con le sue parole. L'atto esprime una proposizione che risulta vera solo in virtù del compimento dell'atto stesso [Searle, 1979, pp. 18-19].

Ebbene che le sentenze dei giudici contengano o possano contenere anche espressioni con un carattere costitutivo, in questo senso, è difficilmente negabile. Per esempio, se un giudice *dichiara* l'annullamento di un contratto, nel dispositivo di una sentenza, dichiara che il contratto è annullato *in virtù della dichiarazione stessa* di annullamento. Ma le sentenze motivate in fatto contengono *sempre e necessariamente* anche degli atti linguistici assertivi. Per esempio, il giudice è giuridicamente autorizzato a dichiarare un contratto annullato solo se prima afferma che *effettivamente sussiste* una causa di annullamento. Quando il giudice, nella motivazione della sentenza, dichiara, che il contraente che ha proposto la domanda di annullamento è stato raggirato dal convenuto e che perciò il contratto è viziato da dolo, compie degli atti linguistici assertivi, non delle *declarations*. Il giudice non ritiene che il contraente sia stato raggirato in virtù del fatto di essere descritto come raggirato nella sentenza. Il raggio che in base al diritto costituisce presupposto dell'annullamento non è un fatto creato dalla volontà del giudice durante il processo, bensì un fatto

precedente al processo, ontologicamente indipendente da esso, che il processo ha il solo compito di accertare¹³⁸.

Non tutte le sentenze poi hanno carattere costitutivo, né tutte le sentenze si concludono con una *declaration*. Per esempio, la sentenza che dichiara un contratto nullo non costituisce affatto la nullità del contratto: si limita ad accertarla. Si potrebbe obiettare che la sentenza è comunque costitutiva, nel senso sopra precisato, perché anche se il contratto non *fosse stato* nullo, prima di essa, esauriti i mezzi di impugnazione, in virtù della dichiarazione del giudice, il contratto *diventerebbe* nullo, per effetto del giudicato sostanziale. Ma questa obiezione confonde il *punto illocutivo* dell'atto, con i suoi effetti giuridici¹³⁹: una sentenza di accertamento mero produce i suoi effetti giuridici sul presupposto che contenga atti linguistici assertivi.

La distinzione tra verità materiale e formale – spiega Ferrer [2005, p. 73] – nasce nella processualistica tedesca dell'ottocento per dar conto del principio secondo cui il diritto processuale può riconoscere autorità anche a decisioni fondate sull'adesione a proposizioni fattuali materialmente false. Di questo principio, però, si può dare conto anche senza dover postulare l'esistenza di più tipi distinti di verità, ma semplicemente operando la banale distinzione tra il fatto che una proposizione *sia vera* e il fatto che essa *sia considerata come vera* dall'ordinamento e ammettendo che il diritto ha

¹³⁸ Esiste una ricca letteratura tradizionale secondo la quale gli enunciati probatori del tipo “è provato che p” avrebbero valore costitutivo, perché la nozione di prova giuridica è peculiare ed è una creazione del diritto. Questa tesi è ampiamente discussa e criticata da Jordi Ferrer [2005, pp.19-35]. Tuttavia, il fatto che la nozione di prova e i parametri di giustificazione ad essa correlati varino di ordinamento in ordinamento, come ho sostenuto in apertura di questo capitolo, non è affatto in contrasto con l'idea che gli enunciati probatori del tipo “è provato che p” siano degli atti linguistici assertivi. Quale che sia la definizione del predicato “è provato” che il legislatore intende adottare, foss'anche una definizione del tutto arbitraria e stipulativa, quando il giudice, presupponendo tale definizione, applicherà il predicato a un caso specifico compirà un atto linguistico assertivo.

¹³⁹ Per capire la differenza si pensi al caso di un poliziotto che scrive in un rapporto che una macchina circolava senza targa. In base al principio di cui all'articolo 2700 del codice civile, la dichiarazione, in quanto atto pubblico, è incontrovertibile se non sperando un'apposita querela di falso. Ciò vuol dire che la dichiarazione del poliziotto ha valore costitutivo? No. Nel verbale il poliziotto si limita a dire che la macchina è senza targa. La direzione di adattamento è semplice, non doppia. L'atto linguistico del poliziotto è assertivo, non costitutivo. Il fatto che l'articolo 2700 attribuisca a quell'atto assertivo rilevanza giuridica non esime il poliziotto dall'impegnarsi alla verità materiale di quanto dice e non rende la sua dichiarazione una *declaration* nel senso di Searle. L'articolo 2700 attribuisce all'atto del pubblico ufficiale il particolare valore probatorio che ha solo sul presupposto che si tratti di un atto assertivo. Se il poliziotto avesse scritto nel verbale “L'automobile aveva la targa, ma in virtù di questo verbale dichiaro che giuridicamente l'automobile *conti* come priva di targa”, l'articolo 2700 non avrebbe impegnato il giudice a considerare senza targa l'automobile.

il potere di imporre ai giudici di considerare come vere anche proposizioni che non lo sono e perfino delle proposizioni che gli stessi giudici non credono vere¹⁴⁰.

Gli argomenti addotti dai fautori della distinzione tra verità formale e materiale certamente colgono un aspetto rilevante del funzionamento del diritto, ma non dimostrano affatto l'irrelevanza della verità materiale per il diritto. In un certo senso, la distinzione può essere accettata se con essa si vuole semplicemente dire che i criteri che portano un giudice, nell'ambito di un processo, a dire che una certa proposizione è vera non si esauriscono nei criteri scientifici che sono applicati al di fuori del contesto giuridico, ma sono costituiti *anche* da norme giuridiche. È innegabile, infatti, che l'applicazione di una qualsiasi norma giuridica ad un caso concreto (specie se da parte di un giudice o un pubblico ufficiale e nel contesto di un procedimento giurisdizionale o amministrativo) è una procedura complessa, di solito disciplinata da ulteriori norme sia nei suoi presupposti sia nelle sue conseguenze. Per dire che il presupposto di fatto che una disposizione di diritto sostanziale enuncia si è realizzato occorre normalmente tenere presenti anche *altre* disposizioni, di diritto processuale, che disciplinano il procedimento probatorio, che specificano gli elementi di prova utilizzabili, che fissano gli oneri di prova e allegazione e così via. Questo determina la particolare contestualità delle condizioni alle quali una proposizione può essere giustificatamente dichiarata vera in ambito giuridico di cui abbiamo parlato all'inizio di questo capitolo. Ciò tuttavia in nessun modo nega la sussistenza di un rapporto di strutturale dipendenza tra l'applicazione del diritto ad un caso di specie e l'accertamento di verità *tout court*, nel senso ordinario del termine¹⁴¹.

¹⁴⁰ In proposito, Daniel González Lagier osserva:

“La certeza que se obtiene por medio de la inferencia probatoria nunca es una certeza lógica. Siempre hay un margen, mayor o menor, para el error. Esta es una de las razones por las que se ha dicho que la finalidad de la prueba no es descubrir la verdad de los enunciados que han de probarse, porque la verdad es un ideal inalcanzable. Basándose en esta afirmación, suele distinguirse entre verdad formal y verdad material. La primera es el resultado de la actividad probatoria, pero no la segunda. Esta tesis es peligrosa y equivocada. Es peligrosa porque abre la puerta a dar por justificadas decisiones sin que se hagan esfuerzos por comprobar si realmente ocurrieron o no los hechos que configuran el caso. Sin embargo, como señala Taruffo, una decisión no puede ser justa si se basa en una premisa errónea falsa. Es equivocada porque si tomamos en serio el argumento de que como en el proceso no podemos alcanzar la verdad absoluta entonces la verdad material no debe perseguirse en el proceso, también deberíamos abandonar la búsqueda de la verdad en la ciencia, la historia, o cualquier ámbito donde se investiguen hechos. La verdad absoluta no sólo es inalcanzable para los jueces, sino para todos. Pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad” [González, 2005, p. 28].

¹⁴¹ Sulla inutile frammentazione del concetto di “verità” da parte dei giuristi ha ironizzato Diego Marconi con queste parole: “Se affermiamo che le cose stanno in un certo modo, con ciò stesso affermiamo che è vero che stanno in quel

Persino le norme che sembrano *creare* una verità formale, sostenibile solo a fini giuridici, possono essere applicate solo sulla base dell'accertamento della verità materiale di proposizioni relative a fatti giuridicamente rilevanti. Pensiamo alle norme processuali che secondo Larry Laudan svierebbero indebitamente il processo penale dal suo scopo istituzionale, ossia la punizione degli autori materiali dei reati, come per esempio le norme che rendono inutilizzabili prove illecitamente assunte e che tuttavia dal punto di vista epistemico sono affidabili¹⁴². Anche l'applicazione di queste norme è subordinata alla verità materiale di una qualche proposizione. Se, per esempio, la confessione di Filano viene esclusa sul presupposto che sia stata assunta in violazione della sua libertà morale in base all'articolo 188 del codice di procedura penale, l'esclusione opera solo perché tale presupposto si è *materialmente* verificato. Si può convenire sul fatto che la presenza di norme procedurali consente spesso di applicare una disposizione nonostante il presupposto in essa letteralmente enunciato non si sia in realtà realizzato. Ciò non significa che la applicazione della norma possa essere svincolata dall'accertamento della verità di una *qualche* proposizione.

L'individuazione e interpretazione di disposizioni normative, siano esse sostanziali o processuali, non è mai sufficiente per stabilire chi abbia ragione in una concreta controversia giuridica, perché per sapere chi ha ragione occorre volgere lo sguardo verso il mondo e verificare se è materialmente vero che determinati fatti giuridicamente rilevanti si sono verificati. Lo stesso Kelsen, che notoriamente concepisce il diritto come l'oggetto di una scienza *pura*, riconosce la sua strutturale dipendenza, per la concreta applicazione delle norme che lo compongono, dalle "scienze della natura", intendendo

modo. Ricordo che anni fa, in un dibattito radiofonico, il magistrato Gherardo Colombo, sostenne che il compito del giudice non è stabilire la verità bensì 'soltanto' accertare i fatti. Ma la verità non abita un regno sublime, più elevato dell'umile dominio dei fatti: accertare che le cose stanno in un certo modo ('accertare i fatti') implica accertare che è vero che stanno in quel modo ('stabilire la verità'), e viceversa" [Marconi, 2007, p. 7]. Ciò su cui il diritto crea non è tanto un suo concetto di verità, quanto piuttosto un suo, contestuale, concetto di giustificazione (per esempio con la definizione degli standard di prova). Sulla distinzione tra i concetti di verità e giustificazione v. sempre Marconi [2007, p. 161]. A questo proposito scrive Caprioli: "Divieti probatori estrinseci e strettoie rituali rendono la ricerca giudiziale della verità senz'altro meno agevole della ricerca storica o scientifica: ma quando il giudice condanna, la verità che conduce l'imputato in carcere non è certamente una verità minore o deteriore – guai se lo fosse – rispetto a quella dello storico, del giornalista o dello scienziato" [Caprioli, 2017, p. 339].

¹⁴² Secondo Laudan [2006, p. 219], la strategia migliore per sanzionare l'acquisizione illegittima di prove non sarebbe quella di sancirne l'inutilizzabilità, bensì quella di prevedere forme di responsabilità civile e penale in capo ai pubblici ufficiali autori della violazione.

con questa espressione ogni possibile disciplina che consenta di enunciare e giustificare verità di fatto¹⁴³.

Poiché lo sviluppo delle scienze propone sempre nuovi metodi specialistici di accertamento della verità, è naturale che sempre più spesso giudici, pubblici ministeri, avvocati e organi della pubblica amministrazione si rivolgano ad esperti di materie diverse dal diritto per applicare norme giuridiche. La sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta diventa così possibile solo grazie alla collaborazione di figure professionali distinte: l'individuazione delle proposizioni alla verità delle quali sono condizionate conseguenze giuridiche è e resta un problema in cui i giuristi conservano competenza esclusiva, mentre la verità di quelle proposizioni nel caso concreto dipende sempre più spesso da accertamenti di carattere tecnico che dovrebbero essere deferiti ad esperti in materie diverse dal diritto.

4.3. Inferenze tecniche e inferenze giuridiche

Come le inferenze che caratterizzano ogni altra area di expertise, anche le inferenze giuridiche operano sulla base di regole conformi alla struttura:

Se p, allora q.

dove p indica l'attribuzione di una proprietà ad un soggetto e q correla allo stesso ad un altro soggetto una seconda proprietà¹⁴⁴. La seconda proprietà è costituita da una connotazione deontica di qualche

¹⁴³ Scrive in proposito Kelsen:

“Se la scienza del diritto non deve risolversi nella scienza della natura, il diritto deve essere allora staccato il più chiaramente possibile dalla natura. Questo è però difficile per il fatto che il diritto, o ciò che si suole chiamare anzitutto come tale, pare che almeno per una parte del suo essere stia nel campo della natura e abbia una esistenza del tutto naturalistica. Se si analizza un qualsiasi fatto considerato come diritto [...] si possono distinguere due elementi: l'uno è l'atto sensibilmente percepibile il quale procede nello spazio e nel tempo, un accadimento esteriore, per lo più un comportamento umano, l'altro è un significato, uno specifico significato quasi immanente o aderente a quest'atto o accadimento” [1952, p. 48].

L'esperto nelle altre scienze della natura non avrà nessuna parte nella interpretazione delle norme processuali e probatorie che sono fondamentali per accertare il fatto giuridicamente rilevante. Tuttavia quelle norme rimarrebbero mute se non ci fosse un fatto di partenza da sussumere in esse. E l'accertamento di quel fatto di partenza non ha nulla a che vedere con il diritto.

¹⁴⁴ Mentre questo tipo di correlazioni nell'ambito di altre discipline sono spesso utilizzate per compiere ragionamenti abduktiv, generalmente si ritiene che nel diritto le premesse siano utilizzate per dar corpo a ragionamenti deduttivi. Come scrivono Alchurrón e Bulygin in proposito:

tipo (l'attribuzione di un obbligo, di un diritto soggettivo, di uno status a una persona, la qualificazione giuridica di una cosa o di un'attività...). Le fattispecie giuridiche sono infatti conformi per struttura a quelli che nella trattazione precedente abbiamo chiamato fatti generali:

La proprietà ϕ è associata alla proprietà ψ .

Oppure:

Se S ha la proprietà ϕ , allora S ha la proprietà ψ .

Oppure:

Se S₁ ha la proprietà ϕ , allora S₂ ha la proprietà ψ .

Molto spesso – come abbiamo visto – le inferenze tecniche richiedono l'impiego di particolari concetti tecnici. Lo stesso vale per le inferenze giuridiche che delle inferenze tecniche, nel senso sopra precisato¹⁴⁵, sono un sottoinsieme. Per cui è molto comune che perché l'inferenza sia giuridicamente corretta ϕ o ψ vadano espressi con termini particolari che esistono solo nel campo del diritto oppure con termini che nel diritto assumono un significato particolare. In altre parole ϕ o ψ , perché l'inferenza sia corretta, devono spesso essere espressi mediante concetti propriamente giuridici.

Naturalmente, è assai controverso nell'ambito della filosofia del diritto quali siano i parametri di correttezza che il giurista deve rispettare per individuare, sulla base delle esistenti fonti giuridiche, le premesse di queste inferenze e quindi quali siano i criteri per modellare i concetti necessari ad esprimerle¹⁴⁶. Ed è proprio la modalità di individuazione delle premesse la principale materia del

“Aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es – o mas bien, puede ser reconstruido como – una inferencia deductiva” [Alchurrón e Bulygin, 1991, p. 304].

¹⁴⁵ Con questo non intendo affatto dire che le *norme giuridiche* sono un sottoinsieme delle *norme tecniche* per come sono tradizionalmente definite. Questa tesi è stata sostenuta, per esempio, da Ravà [1911], ma non è né implicata né negata da quanto sostengo in questo lavoro.

¹⁴⁶ Va precisato però che indicare questo tipo di inferenze come fondamentali per il ragionamento giuridico non equivale ad affermare che la scienza giuridica dispone di premesse certe e non problematiche. Il carattere problematico delle premesse non è però una peculiarità esclusiva del diritto. Secondo Villa nel corso del Novecento si è sempre di più

contendere della scienza giuridica. Prendere posizione rispetto a questo problema, esce totalmente dagli scopi del presente lavoro.

Un giusnaturalista riterrà che il giurista fondi il suo giudizio su criteri morali, un positivista lo negherà. Alcuni riterranno che le fonti consentano sempre di giustificare in modo univoco la correttezza di una di queste inferenze, escludendo ogni possibile altra soluzione; altri propenderanno per la tesi realista secondo cui le soluzioni possibili sono sempre molte mentre la selezione di una specifica soluzione è possibile solo in forza di un atto di volontà. Inoltre si può sostenere che il tipo di inferenze compiute da giuristi operanti in contesti diversi possano avere parametri di correttezza diversi. Un avvocato italiano interpellato da un imprenditore statunitense per formulare un parere *pro veritate* circa le conseguenze giuridiche di una sua ipotetica operazione commerciale – poniamo l’apertura di uno *smart shop* specializzato nella vendita di sostanze psicoattive legali – avrà come obiettivo quello di elaborare delle *previsioni affidabili* circa le plausibili reazioni dei giudici e della pubblica amministrazione italiani all’apertura di un simile negozio; quello stesso avvocato, nella stesura di un atto processuale nell’ambito del processo sorto a seguito dell’apertura del negozio, avrà come obiettivo quello di formulare delle *argomentazioni favorevoli al proprio cliente*; il giudice chiamato a decidere in quel processo in primo grado avrà probabilmente come obiettivo quello di formulare delle *argomentazioni che non siano suscettibili di riforma in appello o cassazione*. Eccetera. Esistono cioè diversi modi di intendere e applicare l’expertise giuridica ma ciascuno di questi modi prevede dei criteri per la determinazione delle conseguenze giuridiche di ipotetici scenari di fatto.

ricosciuto un’identità strutturale tra il ragionamento giuridico e il ragionamento condotto in altre discipline, in particolare le scienze naturali, tanto che il ragionamento giuridico sarebbe diventato un “modello per le scienze naturali”. Scrive Villa: “Il *primo tipo di analogie* riguarda, da una parte i sistemi teorici della scienza, dall’altra parte il sistema giuridico, secondo la rappresentazione semplificata di alcune sue caratteristiche più familiari e tipiche. Le analogie riguardano in particolare le modalità di funzionamento dei due sistemi, e segnatamente il modo in cui essi “entrano in rapporto con i fatti”[...]. [S]ia nel diritto che nella scienza i fatti non entrano mai a contatto con i loro “sistemi di riferimento” (il sistema giuridico e il sistema teorico) quando sono nel loro supposto “stato puro”; si tratta, al contrario di fatti, che hanno già ricevuto certe qualificazioni ad opera di norme giuridiche (nel caso del diritto) ovvero ad opera di categorie teoriche (nel caso della scienza). [...] Il *secondo tipo di analogie* riguarda le scelte e le decisioni che si producono in entrambi i campi. [...] Tali decisioni esprimono in alcuni casi niente più che una preferenza dello scienziato a favore di una teoria, preferenza a sostegno della quale egli può offrire soltanto delle ‘buone ragioni’”.

4.4. *Fallacia ad verecundiam*

Ai nostri fini, ciascuna di queste possibili concezioni della scienza giuridica si equivale¹⁴⁷. Ciò che qui interessa è soltanto sottolineare che la determinazione del valore di verità della proposizione *p* (che figura nella proposizione condizionale *se p, allora q*) dipende sempre anche da questioni che fuoriescono dal campo di expertise del giurista. Rispetto a proposizioni di questo tipo, un qualsiasi giurista molto spesso ha buone ragioni per ritenere che vi siano professionisti di una qualche disciplina tecnica diversa dal diritto capaci meglio di lui di determinarne la verità o falsità. Ciò che fondamentale però è che il giurista identifichi correttamente la proposizione che l'esperto è chiamato a provare e che non attribuisca in modo più o meno surrettizio all'esperto il compito di riempire di significato i termini che definiscono il presupposto di applicazione della norma giuridica. Ciò vale in particolare per il giudice. Il giudice non può delegare all'esperto di una disciplina *non giuridica* l'accertamento dei presupposti del suo potere decisorio.

Se il giudice volesse rivolgersi ad esperti per identificare non la verità della proposizione categorica che risolve la questione di fatto (Caia era capace di intendere e volere; la macchina impastatrice Flux opera sulla base di un algoritmo innovativo; le informazioni contabili comunicate da Sempronio relative alla società Alfa erano false; Filano ha depresso sotto l'effetto di sostanze psicoattive) ma la verità della proposizione condizionale che risolve la questione di diritto (Se Caia era capace di intendere e volere, allora il testamento è valido; se la macchina impastatrice Flux opera sulla base di un algoritmo innovativo, allora Sempronio può brevettarla; se le informazioni contabili comunicate da Mevio relative alla società Alfa non erano false, allora Mevio non è responsabile di agiottaggio; se Filano ha depresso sotto l'effetto di sostanze psicoattive, allora la sua deposizione è inutilizzabile) potrebbe magari rivolgersi ad altri esperti di diritto – cosa che comunque in diversi sistemi processuali è vietata – ma non potrebbe mai rivolgersi a esperti di altre materie (di demenza senile, macchine

¹⁴⁷ In questa trattazione ci limiteremo a dare per scontata l'irrelevanza della tesi radicalmente scettica secondo cui nessuna conoscenza giuridica è possibile: la tesi secondo cui ogni soluzione giuridica di un caso equivale alle altre perché non esiste alcun valido criterio per valutare la verità o falsità di un giudizio giuridico. La ragione per cui rigettiamo questa tesi è metodologica. Questo è un lavoro di teoria della prova: il suo scopo è orientare i giuristi sul modo più razionale di trattare le fonti di prova nella soluzione di casi giuridici. Se si aderisce a una tesi radicalmente noncognitivista rispetto all'applicazione del diritto, la prova dei fatti diventa irrilevante. Solo se è vero che esistono specifici fatti identificabili da giuristi competenti che costituiscono il presupposto di applicazione di norme è possibile porsi il problema della loro prova. Se l'ordinamento non offrisse alcun criterio di verità per selezionare i fatti giuridicamente rilevanti non avrebbe senso porsi il problema di come vadano provati. Però persino lo scettico moderato che entro un novero di significati possibili decide il significato da attribuire alla norma [Guastini, 2004, p. 35] avrà l'onere di identificare un certo contenuto proposizionale come significato possibile...

impastatrici, contabilità o sostanze psicoattive). Nel rapporto con un esperto di un'altra disciplina è estremamente importante che il crinale tra questioni di diritto e questioni di fatto venga sorvegliato, perché la correttezza del giudizio ipotetico necessario per risolvere le prime dipende da criteri di giustificazione completamente diversi rispetto a quelli da cui dipende il giudizio categorico necessario per risolvere le seconde. Se infatti il giudice delegasse all'esperto la determinazione del significato di "malattia mentale" giuridicamente rilevante ai fini dell'accertamento della capacità testamentaria, il significato di "innovatività" rilevante ai fini del giudizio di brevettabilità eccetera... incorrerebbe in una forma di fallacia *ad verecundiam*¹⁴⁸. Come abbiamo visto, infatti, la regola aurea della deferenza epistemica verso esperti è che il soggetto ha una ragione per credere in una certa proposizione sulla base di un'affermazione di un esperto solo sul presupposto che la proposizione rappresenti un fatto generale che rientra nell'area di expertise di quest'ultimo.

4.5. *Il circuito di legittimazione delle scelte giuridiche*

Oltre a una ragione epistemologica, c'è poi una ragione politica per sorvegliare la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto e quindi il confine tra la competenza dell'esperto e la competenza giudice. Se l'identificazione delle proposizioni alle quali il diritto condiziona l'applicazione di norme giuridiche viene delegata dal giudice ad esperti in modo deferenziale, ossia senza comprensione da parte del giudice delle ragioni soggiacenti all'identificazione, la scelta valoriale alla base della norma applicata fuoriesce dal *circuito di legittimazione* politica nel quale normalmente dovrebbe rientrare. Se, per esempio, un giudice di merito dà una definizione troppo estesa di capacità testamentaria negando sistematicamente tutela agli eredi legittimi di anziane signore che vengono circuite da badanti e infermieri, l'interpretazione avrà naturalmente delle

¹⁴⁸ La fallacia *ad verecundiam* altro non è che un appello illegittimo all'autorità, un caso in cui i presupposti che rendono la deferenza epistemica legittima mancano: "when the appeal is made to parties having no *legitimate* claim to authority in the matter at hand" [Copi, Cohen e McMahon, 2014, p. 133]. Tipicamente, il ragionamento non funziona perché si assume l'erronea premessa della competenza dell'esperto in un campo che non è il suo: "the fallaciousness is not primarily due to the invalidity of an argument but connected with the unacceptability of an unexpressed premise" [Van Eemeren e Grootendorst, 2004, p.161]. Come osserva Franca D'Agostini: "[una] ragione per cui le fallacie funzionano è che una fallacia nella maggior parte dei casi non è altro che una versione spostata o un'applicazione impropria di una regola. Gli esempi più interessanti sono le fallacie informali, di rilevanza, come l'*ad verecundiam* [...] [T]utte le fallacie informali sono semplicemente applicazioni improprie delle regole: il ragionamento *ad verecundiam* è perfettamente legittimo quando l'autorità invocata è un esperto in materia [...]. Più in generale possiamo dire che gli errori assomigliano alle applicazioni corrette delle regole, e nei contesti d'uso non è sempre facile distinguere gli uni dalle altre" [D'Agostini, 2010, p. 173]. Sulla fallacia *ad verecundiam* cfr. anche Goodwin [1998]; Hibben [1906, p. 163], Hamblin [1970, cap. I]; Iacona [2005, p. 112]; Walton [1997, p. 101]; Walton e Koszowy [2019].

conseguenze sul piano etico. La conformità dell'interpretazione a criteri di razionalità giuridica potrà essere controllata con il sistema delle impugnazioni e dipenderà dal contenuto delle leggi, della Costituzione, dalle determinazioni del Parlamento e dal voto dei cittadini. Ma se il giudice di merito non definisce la nozione di malattia mentale dalla quale fa dipendere la validità dei testamenti trattando anche il concetto giuridicamente rilevante di malattia come un concetto tecnico, l'esperto si vedrà investito del potere di determinare quali testamenti sono legittimi e quali no al di fuori di qualsiasi controllo democratico.

Il giudice ammette, assume e valuta prove nel processo solo perché vuole sapere se sono vere *certe specifiche proposizioni giuridicamente rilevanti*. Per applicare una qualsiasi regola, il giudice deve conoscere il valore di verità di quelle proposizioni, che – se vere – innescherebbero determinate conseguenze giuridiche. Per esempio, il valore di verità della proposizione “l'imputato ha ucciso Chiara” è rilevante perché – se fosse una proposizione vera – l'imputato dovrebbe, sussistendo certe altre condizioni, essere condannato a una certa pena. Se il giudice non avesse bisogno di conoscere il valore di verità di quelle proposizioni non avrebbe alcun motivo di compiere un'istruttoria, raccogliere prove, rivolgersi a testimoni o ad esperti. Perciò è fondamentale che il giudice, pur non comprendendo del tutto il ragionamento dell'esperto, abbia ben chiaro quale sia la proposizione di cui il ragionamento dell'esperto deve costituire la prova. La deferenza epistemica ha come presupposto logico l'aspettativa del giudice che il dichiarante sia in grado di fornirgli, in modo diretto o indiretto, il valore di verità *proprio di quella* proposizione che costituisce il presupposto di applicazione della regola che intende applicare. Questo significa che il giudice deve fondarsi sui testimoni e sugli esperti non per ricavare le norme che deve applicare ma solo i fatti che in base alle norme sono rilevanti. Solo la già accertata esistenza di una determinata norma giustifica il ricorso alla prova.

CAPITOLO III: CONCETTI TECNICI E CONCETTI GIURIDICI

Introduzione

Il finlandese Pelle Lindbergh, portiere ventiseienne della squadra di hockey su ghiaccio *Philadelphia Flyers*, domenica 10 novembre 1985, alle 5:41 del mattino, perde il controllo della sua *Porsche 930 Turbo* e si schianta sul muro della scuola elementare di Somerdale, New Jersey. Poche ore dopo, i medici del John F. Kennedy Hospital di Stratford lo dichiarano “cl clinicamente morto”. Il suo corpo rimane attaccato al respiratore artificiale fino al giorno dopo quando suo padre arriva dall’Europa e dà il consenso alla donazione degli organi. Secondo *Wikipedia* e il *Washington Post*, Pelle Lindbergh “muore” la sera di lunedì 11 novembre dopo un’operazione chirurgica di cinque ore e mezza per l’espianto del cuore, del fegato, dei polmoni, del pancreas e delle cornee¹⁴⁹.

Ma allora quando muore Pelle Lindbergh? Nella mattina del 10 novembre, come dichiarano i medici, o la sera dell’11, come risulta dalla lettura di *Wikipedia* e del *Washington Post*? Tutto dipende da che cosa significa “morire”. Una persona può dirsi “morta”, anche se il suo cuore continua a battere e anche se molte delle sue funzioni biologiche continuano a persistere? La domanda non è oziosa e non è facile. Non è oziosa, perché se Lindbergh fosse morto a causa dell’operazione chirurgica, tecnicamente i medici con il consenso del padre avrebbero commesso un omicidio. Non è facile, perché non è affatto chiaro se definire la morte sia solo una questione di convenzioni linguistiche e normative o invece sia un problema empirico.

La natura della morte dipende da come noi decidiamo di usare la parola “morte” o è un’entità che esiste nel mondo indipendentemente da qualsiasi cosa noi ne pensiamo? La maggior parte delle persone ha intuizioni contrastanti in proposito. Da un lato, ci sembra che le condizioni di applicazione di una parola – una parola che esiste solo perché una certa comunità linguistica se l’è inventata – debbano essere per forza note *a priori* alle persone che fanno parte di quella comunità linguistica. Una volta che abbiamo consultato tutti i dizionari disponibili, le istruzioni per verificare se qualcosa nel mondo è rappresentato da un dato termine dovrebbero esserci per ciò solo già note: per scoprire ciò che quel termine significa non dovremo impegnarci in alcuna indagine empirica. Dall’altro lato, però, se ci pensiamo bene, abbiamo spesso l’impressione di non sapere fino in fondo a che cosa si riferiscono molte parole che pure usiamo tutti i giorni. E questa impressione può persistere anche se

¹⁴⁹ Ricavo le informazioni riguardo alla vicenda di Pelle Lindbergh da Schiappa [2003, p. 44], Veatch [1989, p. 15], da *Wikipedia* e dell’archivio online del *Washington Post*.

abbiamo consultato tutti i dizionari disponibili. Come comunità linguistica, conosciamo davvero *a priori* le condizioni alle quali qualcosa è “morte”, “acqua”, “molecola”, “psicosi” o “ornitorinco”? Che l’acqua sia H₂O, per esempio, non l’hanno forse scoperto degli scienziati nel Settecento? Se l’hanno *scoperto* degli scienziati, vuol dire che non lo sapevamo *a priori*. Abbiamo l’impressione insomma che almeno *certe* parole abbiano la sola funzione di indicare dei fenomeni naturali senza la pretesa di definirli, fenomeni che, come la morte o l’acqua, esistono nel mondo con caratteristiche indipendenti dai nostri stati mentali. In questo senso, ci sembra plausibile che il *vero* significato di quelle parole possa essere scoperto da degli scienziati.

La teoria del significato che dagli anni settanta del Novecento in poi tende a prevalere nella filosofia del linguaggio, grazie all’influenza degli scritti di Saul Kripke e Hilary Putnam, è in linea con quest’ultima intuizione: *meanings just ain’t in the head!* I significati non sono nella testa dei parlanti, sono nel mondo. Per esempio, secondo Kripke e Putnam, si usa la parola “morte” correttamente solo se si è scoperto *che cos’è* la morte e per scoprirlo non è sufficiente leggere un dizionario. Non basterebbe nemmeno fare un referendum tra tutti i parlanti della lingua italiana. Le *vere* condizioni di applicazione della parola “morte” (i criteri che ci inducono a classificare i casi di morte come casi di “morte”), secondo questa tesi, dipendono dalla natura biologica degli esseri viventi: non sono *decise* per convenzione linguistica o *stipulate* per ottenere degli scopi comunicativi o normativi; possono essere *scoperte* solo attraverso la ricerca scientifica. Per restare all’esempio della morte, potremmo non avere ancora scoperto del tutto le corrette condizioni di applicazione di quella parola. Forse non le scopriremo mai. In base a questa teoria, che si chiama *esternismo semantico*, gli stati mentali che accompagnano l’uso di una qualsiasi espressione non fissano mai condizioni sufficienti per determinare il suo autentico riferimento.

Per andare avanti nella nostra ricerca, dobbiamo affrontare la tesi esternista: i significati delle parole sono nella testa dei parlanti che le usano o sono nel mondo? Il problema è rilevante perché se le parole del legislatore e del giudice si riferissero alla realtà a condizioni che non sono necessariamente note né all’uno né all’altro – condizioni che devono essere scoperte e verificate empiricamente – questo metterebbe in crisi l’analisi del ruolo degli esperti nel processo che abbiamo compiuto fino ad ora. Ho infatti sostenuto che la deferenza epistemica del giudice incontra un limite invalicabile nella determinazione del significato dell’enunciato che deve essere provato. Poiché *frustra probatur, quod probatum non relevat*, tale determinazione è onere del giudice e non dell’esperto. In una prospettiva esternista, però, questo principio potrebbe essere messo in discussione.

Immaginate questa situazione: a un qualche procuratore distrettuale sorge il dubbio che dietro alla morte di Lindbergh ci sia una torbida questione legata alla donazione degli organi. Il procuratore distrettuale accusa i medici di aver dichiarato la morte del ragazzo quando non era ancora morto, solo per permettere a un paziente in lista d'attesa di ricevere di un nuovo cuore. Un tribunale del New Jersey si trova così ad affrontare la domanda: “Pelle Lindbergh è morto schiantandosi contro il muro della scuola elementare di Somerdale o è invece stato ucciso dai medici quando hanno espantato il suo cuore?”. Il modo in cui affronteremo questa domanda dipende della teoria del significato che adottiamo.

Secondo quanto detto nel capitolo precedente, per risolvere il caso dovremmo procedere in questo modo: *prima* stabiliremo in base a quale definizione della parola “morte” occorre essere morti per essere vittime di “omicidio” nello stato del New Jersey; *in seguito*, verificheremo se e quando Lindbergh abbia soddisfatto i requisiti della definizione. La prima è una questione di diritto; la seconda è una questione di fatto. La prima richiede un'expertise giuridica per essere risolta; la seconda un'expertise medica. Ma se avessero ragione gli esternisti, questa distinzione netta tra la questione di fatto e la questione di diritto non sarebbe possibile. Definire la morte, secondo l'esternismo, sarebbe anch'esso un problema di fatto e non dipenderebbe né dalle opinioni del giudice circa che cosa sia la morte, né dalle opinioni del legislatore. Se avessero ragione gli esternisti, occorrerebbe volgere lo sguardo al mondo non solo per capire quale sia stato l'ultimo istante della vita di Lindbergh, ma anche per scoprire quale sia in generale la corretta definizione di “morte”¹⁵⁰..

Il compito che mi propongo in questo capitolo è quello di mostrare che l'esternismo semantico non costituisce una minaccia per l'impianto teorico che abbiamo finora sviluppato. Prima di procedere però, per maggiore chiarezza, ripeterò più nel dettaglio dove si colloca questo capitolo nella struttura argomentativa della mia tesi. Ci stiamo chiedendo come il giudice deve interagire con gli esperti per fare dei ragionamenti corretti. Ho sostenuto che la divisione del lavoro tra giudici ed esperti nel processo deve fondarsi su un semplice principio: i giudici devono attingere alle proprie conoscenze giuridiche per risolvere questioni di diritto mentre possono – spesso devono – fidarsi degli esperti per risolvere questioni di fatto. Questo principio a sua volta si fonda su di un presupposto circa la natura

¹⁵⁰ Sul problema della definizione della morte v. Artosi [2013], che riconduce il concetto di morte alla categoria dei *concetti essenzialmente contestati*. La tesi dei concetti essenzialmente contestati elaborata da Gallie [1956] è una delle teorie che possono dare una spiegazione dei disaccordi concettuali in chiave non esternista. Andrei Marmor [2014, pp. 143-146] individua proprio nella teoria di Gallie un risposta internista (ante litteram) agli esempi degli esternisti di cui parleremo.

delle questioni di diritto. Se il giudice vuole fare il suo mestiere e dare la soluzione ad una questione di diritto, deve per forza identificare *una proposizione* con certe caratteristiche¹⁵¹ come *vera*. Se Aurora guadagna dei *bitcoin*, lo deve indicare nella sua dichiarazione dei redditi. Se Francesco sottrae il portafoglio di Alessandro, è punibile per furto. Se Sofia è incapace di intendere, senza un rappresentante non può stipulare un contratto valido. E così via. *Se p, allora q*.

Quando dico “una *proposizione*” non intendo un *enunciato*, cioè un insieme di suoni o simboli che due persone diverse possono interpretare in modi diversi, bensì il *significato* di un enunciato. E sia chiaro: non sto parlando della proposizione che costituisce il significato di un enunciato contenuto in un testo di legge¹⁵². Sto parlando di una proposizione *nella testa del giudice*: la proposizione con cui il giudice descrive la norma desumibile dalle fonti del diritto applicabili e che gli consente di risolvere il caso¹⁵³. Disinteressiamoci di come il giudice fa a identificare questa proposizione; di come faccia il giudice a essere sicuro che questa proposizione coincida con il significato di una disposizione o sia altrimenti giustificata dalle fonti del diritto; se giustificarla sia un atto interpretativo, discrezionale, vincolato, politico o morale. Non importa¹⁵⁴. Comunque il giudice faccia, quale che sia il suo

¹⁵¹ Si tratta, come abbiamo detto nel capitolo precedente, di una proposizione condizionale, il cui conseguente è una qualificazione deontica di qualche tipo: l’attribuzione di uno status, un permesso, un divieto eccetera.

¹⁵² Anche perché alcune proposizioni giuridiche si basano su fonti del diritto che non hanno natura linguistica e non sono composte da enunciati, come ad esempio le consuetudini o l’equità.

¹⁵³ Se chiedessimo al giudice “Perché hai risolto il caso in questo modo?”, potrebbe probabilmente risponderci sotto forma di sillogismo, con tre enunciati: ad esempio,

Se Aurora guadagna dei bitcoin, lo deve indicare nella sua dichiarazione dei redditi.

Aurora ha guadagnato dei bitcoin.

Aurora lo deve indicare nella sua dichiarazione dei redditi.

La proposizione di cui sto parlando è il significato che *il giudice* attribuisce al primo di questi tre enunciati. È chiaro che questa proposizione, nel caso il giudice sia in buona fede, esisterà nella mente del giudice sotto forma di contenuto mentale: la premessa maggiore del ragionamento che lo ha condotto a raggiungere una quella soluzione al caso. Non è detto che il giudice espliciti questo contenuto, scrivendo o pronunciando un enunciato.

¹⁵⁴ Come abbiamo già detto nel capitolo precedente, non ci possiamo occupare qui degli specifici criteri che il giudice deve adottare per dire che una simile proposizione è vera. Questo è un tema classico della filosofia del diritto rispetto al quale non è necessario ai fini di questo lavoro che io prenda posizione. Ciò che importa è che perché la sentenza sia razionale le sue premesse non possono essere casuali ma devono rispettare determinati criteri che dipendono dalla conoscenza del diritto e dalla logica. Ciò anche se il giudice avesse notevoli margini di discrezionalità: “Internal rationality is the function of knowledge (the epistemic premiss) and of preferences (the axiological premiss) of the decision-maker according to the rules of justificatory reasoning accepted by him. This is the common way of understanding rationality. A judicial decision is internally rational if it is a function of knowledge and preferences, or is consistent with the premisses given as its justificatory arguments” [Wróblewski, 1992, p. 211].

orientamento giusfilosofico, se vuole fare il suo mestiere e risolvere una questione di diritto, deve arrivare ad avere questa *proposizione nella sua testa* e la sua expertise giuridica deve consentirgli di identificarla come *vera*¹⁵⁵.

Questa premessa era importante farla, perché era opportuno spiegare al lettore la ragione per cui dobbiamo dedicare un intero capitolo, questo, all'esternismo semantico. La ragione è che, a prima vista, se i contenuti mentali non sono proposizioni e le proposizioni non sono contenuti mentali, come sostengono gli esternisti, non può essere il giudice a stabilire *a priori* le condizioni di verità del *suo stesso* enunciato “Pelle Lindbergh è morto”. Sarà un problema empirico non solo stabilire *se* Pelle Lindbergh è morto, ma anche *che cosa significa*, nello stesso idioletto del giudice, che “Pelle Lindbergh è morto”. Se gli esternisti hanno ragione, i significati e quindi quelle entità capaci di essere vere o false che si chiamano “proposizioni”, sono nel mondo e non nella testa delle persone.

1. *L'intuizione degli esternisti*

In *Attraverso lo specchio*, Lewis Carroll fa incontrare ad Alice un grosso uovo antropomorfo, Humpty Dumpty, divenuto famoso nella storia della letteratura per la teoria semantica che espone in questo breve dialogo:

“Quando io uso una parola,” disse Humpty Dumpty, con un tono piuttosto sprezzante, “questa significa esattamente quello che decido io – né più né meno.”

“Il problema,” disse Alice, “è se voi *potete* far significare alle parole così tante cose diverse.”

“Il problema,” disse Humpty Dumpty, “è chi è che comanda — questo è tutto” [Carroll, 2009, p. 187, traduzione mia¹⁵⁶].

¹⁵⁵ “Vera” ad alcuni potrebbe sembrare una parola troppo forte. C’è chi preferirebbe dire: “giusta”, “plausibile”, “condivisibile”, “politicamente vantaggiosa per il giudice stesso”... Tuttavia, anche se adottassimo questi che ho elencato come parametri di correttezza, per individuare la proposizione che condiziona a circostanze di fatto determinate conseguenze giuridiche, ci risolveremo ad affermare che tale proposizione può essere adottata come premessa *in iure* solo se è *vero* che soddisfa quei parametri. Sarà *vero che* la proposizione è “giusta”, “plausibile”, “condivisibile”, “politicamente vantaggiosa per il giudice stesso”. Comunque vogliamo metterla, perché il giudice possa impegnarsi in un qualche tipo di ragionamento giuridico, dovrà avere in mente un certo contenuto proposizionale e, a ragione o a torto, dovrà poterselo rappresentare come vero. Cfr. Allen e Pardo [2003, p. 1790].

¹⁵⁶ Testo originale:

“When I use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean—neither more nor less.” “The question is,” said Alice, “whether you can make words mean so many different things.” “The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be master—that's all”.

Quella di Humpty Dumpty è una semantica radicalmente internista. Per Humpty Dumpty, siamo noi i padroni delle nostre parole: le parole significano esattamente quello che noi vogliamo che esse significhino. E, in fin dei conti, non è così, almeno potenzialmente? Il significato delle parole non è forse qualcosa che noi parlanti decidiamo, o abbiamo collettivamente deciso in passato, in modo convenzionale?

Se dovessimo dare ascolto ad Humpty Dumpty, concluderemmo che la questione della morte di Pelle Lindbergh su cui abbiamo riflettuto nel paragrafo precedente ha poco a che vedere con la *comprensione* del fenomeno morte. Che cosa conti come “morte di Pelle Lindbergh” – il trauma cranico dovuto all’incidente stradale, avvenuto l’11 novembre, o l’espianto degli organi, avvenuto il 12 novembre – è una domanda a cui non si risponde *comprendendo* meglio il funzionamento del corpo umano ma semplicemente *decidendo* come vogliamo usare la parola “morte” in un contesto dato, ad esempio nel contesto di un processo penale per omicidio. In tal caso, il significato di “morte” si potrà individuare solo chiedendoci a quali condizioni vogliamo punire una persona per omicidio. Il significato di una parola in fin dei conti può essere concepito come una norma che assegna a un segno una cosa a cui riferirsi. In alcuni casi la determinazione di questa norma è inseparabile dal tessuto normativo complessivo della pratica in cui si inserisce. Perciò per comprendere il significato di una parola occorre capire chi ha il compito di determinare la correlazione normativa tra segno e cosa, nel contesto rilevante. Come dice Humpty Dumpty, “Il problema è chi è che comanda – questo è tutto”.

Siamo noi a comandare le parole o loro comandano noi? Non siamo forse liberi di attribuire alle nostre parole la funzione che preferiamo? I legislatori spesso ricorrono allo strumento della definizione stipulativa per attribuire a termini comuni nel contesto giuridico significati diversi o più specifici rispetto a quelli correnti¹⁵⁷. Lo stesso fanno gli scienziati quando, per esempio, sentono l’esigenza di riferirsi a oggetti con un grado di precisione che il linguaggio comune non consente. Molti bambini creano linguaggi tutti loro che poi diventano parte del lessico familiare. Ciascuno di noi sembrerebbe legittimato a fare la stessa cosa nell’ambito dei propri discorsi e in base ai propri fini. Se decidessi di battezzare “axaxaxas” questa pagina o se magari decidessi di chiamare così solo i primi tre quarti di questa pagina, non potrei forse farlo? Non potrei decidere di usare questa parola per definire tutti e soli i fogli di carta che almeno una volta sono stati illuminati dalla luna? Non potrei

¹⁵⁷ Per esempio: la parola “possesso” nell’italiano standard è un sinonimo di “proprietà”; invece, nell’ambito del Codice civile del 1942, la proprietà è il *diritto soggettivo sulla cosa* definito dall’articolo 832, mentre il possesso è il *potere di fatto sulla cosa* definito dall’articolo 1140.

decidere di usare quella nuova parola per definire la morte, o la parola “morte” per definire questa pagina? Evidentemente potrei, a patto di chiarire ai miei eventuali interlocutori la mia decisione.

Ma se decessi di coniare nuove parole in questo modo o decidessi di usare in modo nuovo parole già esistenti, il loro significato sarebbe costituito in modo esaustivo solo dalle mie stipulazioni? C'è chi ne dubita. Un'intuizione comune tra i filosofi è che il ruolo delle intenzioni dei parlanti e delle convenzioni linguistiche nella determinazione dei significati delle parole sia solo superficiale. Le nostre pratiche linguistiche non possono fare altro che recepire categorie naturali che già esistono nel mondo indipendentemente da noi: la pagina, il tre e il quattro, la luna, la carta, la morte eccetera. Secondo molti, anche se, come Humpty Dumpty, decidessimo di creare un nuovo linguaggio in cui ogni parola è associata a una definizione stipulativa, questo nuovo linguaggio continuerebbe rispecchiare il mondo secondo le sue partizioni naturali. In base a questa tesi, anche i significati delle parole che inventiamo non sono esaustivamente determinati dalle nostre decisioni.

L'idea che la realtà si dia all'uomo già intessuta di una rete di significati preesistenti a lui, di venature che la suddividono in modo oggettivo e indipendente delle definizioni e i pensieri umani, ha una remota e nobile tradizione. Prendete questo passo dell'antico filosofo cinese Zhuāngzǐ:

Al tempo in cui iniziai a tagliare vedevo soltanto il bue intero. [...] Ora colpisco nei grandi interstizi, guido il coltello nei grandi vuoti, secondo la conformazione naturale dell'animale. Un buon cuoco cambia coltello ogni anno, perché taglia. Un cuoco mediocre cambia coltello ogni mese, perché lo usa come se fosse una scure. Io ho avuto questo coltello per diciannove anni e ho tagliato migliaia di buoi, ma la sua lama è come appena uscita dalla cote [Zhuāngzǐ, cit. in Varzi, 2014, p. 112].

La metafora del macellaio che taglia la carne *secondo la sua conformazione naturale* è un ammonimento per il pensatore: se vogliamo pensare sensatamente, il nostro pensiero deve rispecchiare la realtà *nella sua conformazione naturale*.

Curiosamente, ritroviamo la stessa esatta metafora nei dialoghi di Platone. Nel *Fedro*, Socrate se ne serve per spiegare la tecnica *diaretica*¹⁵⁸, ossia la tecnica per formulare le corrette definizioni dei concetti: bisogna – dice Socrate – “dividere secondo le Idee, in base alle articolazioni che hanno per

¹⁵⁸ In greco, “διαίρεσις” vuol dire “divisione”. Letteralmente, la tecnica diaretica è la tecnica *della divisione*: la tecnica per dividere i dati della realtà negli schemi concettuali più adeguati. Sulla metafora del macellaio, cfr. Varzi [2014, pp. 112-116].

natura, e cercare di non spezzare nessuna parte, come invece suole fare un cattivo [macellaio]” [Platone, 2000, 265e]. La metafora ritorna nel *Politico*, dove un interlocutore di Socrate dice che il tema di discussione non può essere diviso in modo arbitrario, ma deve essere sezionato “secondo le membra, come una vittima sacrificale” [Platone, 2000, 287c]. Il senso della metafora è un principio ricorrente nella filosofia di Platone: le parole hanno significato solo se rispecchiano la struttura naturale del mondo. Questa idea è espressa in modo esplicito anche nel *Cratilo*, dove Socrate rigetta la tesi sofistica secondo cui l’uomo (in base alla massima di Protagora, misura di tutte le cose) sia l’artefice dei significati delle parole di cui si serve. All’alba dei tempi, – spiega Socrate – un legislatore che sapeva poco o nulla del mondo inventò le parole [Platone, 2000, 383a-440e]. Ma se le parole indicassero ciò che del mondo sapeva quel primo legislatore, allora non vorrebbero dire un bel nulla.

In Platone, l’idea che il significato non si esaurisca nelle scelte comunicative e classificatorie dei parlanti si lega a una forma di essenzialismo [Sacchetto, 1998, p. 402]. Ma possiamo essere condotti a un’idea simile da una preoccupazione filosofica di sapore molto più contemporaneo. Secondo un’opinione diffusa, ci deve essere una connessione tra il significato delle parole e il mondo reale perché c’è una parentela concettuale tra la nozione di significato e quella di verità. Per esempio, perché l’enunciato “Pelle Lindbergh è morto” *significhi* qualcosa, deve esprimere il set di condizioni che devono essersi realizzate perché sia *vero* che Pelle Lindbergh è morto. Ma quando pronunciamo enunciati di questo tipo, raramente abbiamo in mente simili set di condizioni. Nel momento in cui dico qualcosa come “Pelle Lindbergh è morto” potrei ignorare le condizioni che distinguono Pelle Lindbergh dagli altri giocatori dei *Philadelphia Flyers* o i requisiti clinici che devono darsi perché un soggetto sia morto piuttosto che in coma vegetativo persistente. Visto che quasi mai abbiamo in mente delle descrizioni esaustive delle cose a cui intendiamo riferirci, sembra che ci siano solo due possibilità: o la maggior parte delle cose che diciamo sono letteralmente insensate oppure il significato di quello che diciamo è determinato da qualcosa di ulteriore e diverso rispetto alle descrizioni che mentalmente associamo ai termini di cui ci stiamo servendo. Se le nostre parole hanno un significato, non può essere perché chi le pronuncia ha sempre accesso ai criteri attraverso i quali esse si applicano al mondo, ma deve essere perché – in virtù di un qualche altro meccanismo – esse sono in grado di riferirsi al mondo reale.

Il movente di fondo degli esternisti degli anni settanta è questo: per poter dire che le cose che scopriamo riguardo al mondo sono vere dobbiamo abbandonare l’idea che quello a cui pensiamo quando pronunciamo un enunciato fattuale esaurisca il suo significato. I nostri contenuti mentali sono

semplicemente troppo poveri per esprimere in modo esaustivo delle condizioni di verità. Ma se i significati non sono nelle nostre teste, dove sono? In base a quale meccanismo si determinano le condizioni di verità di un enunciato se non sulla base delle intenzioni dell'enunciante?

2. *Gli argomenti degli esternisti*

A questo punto il discorso si fa un po' tecnico, quantomeno per il lettore modello di questo lavoro, cioè per un giurista. Parlerò di due teorie esterniste, le due principali: quella di Putnam e quella di Kripke, e lo farò in quest'ordine (nonostante Kripke preceda Putnam dal punto di vista cronologico).

Il motivo per cui dobbiamo affrontare questi temi di filosofia del linguaggio, apparentemente molto lontani sia dal diritto sia dalla teoria generale del diritto, è il seguente. Se è necessario che il significato di enunciato fattuale sia qualcosa di diverso rispetto a un contenuto mentale¹⁵⁹ *perché esso sia una proposizione* (ossia un'entità capace di essere vera o falsa), allora è necessario che il significato di una disposizione sia qualcosa di diverso rispetto a un contenuto mentale *perché esso sia una norma giuridica* (ossia un'entità capace di definire che, *se* una certa proposizione è vera, allora determinate conseguenze giuridiche devono seguire). In base alla tesi esternista, il contenuto normativo di una disposizione non può esaurirsi nel contenuto mentale delle persone che hanno creato o intendono applicare quella disposizione. Questo perché il significato di una disposizione dipende dal significato dell'enunciato fattuale che, se vero, ne determina l'applicabilità ad un caso concreto. Se il contenuto proposizionale dell'enunciato dipende dalla struttura del mondo allora il contenuto normativo della disposizione (che si applica sul presupposto che quell'enunciato sia vero) dipende dalla struttura del mondo. Per esempio, se il contenuto proposizionale di "Pelle Lindberg è morto" dipende dalla struttura del mondo (e non dalle condizioni di applicazione che i giuristi associano alla parola "morto"), allora dipenderà dalla struttura del mondo il contenuto normativo di "Se Pelle Lindbergh è morto a causa dei medici, allora i medici sono responsabili di omicidio". Se la tesi esternista è corretta, il giudice dovrà, per così dire, volgere lo sguardo al mondo e affidarsi, se necessario, a chi dei

¹⁵⁹ Dico qui "contenuto mentale" intendendo con questa espressione *la descrizione* o comunque il complesso di criteri che il parlante, coscientemente, associa ad una determinata espressione, quello che nella letteratura esternista viene chiamato contenuto mentale *ristretto* (*narrow mental content*). Questa precisazione è d'obbligo perché l'esternismo non è compromesso con la tesi che un enunciato abbia un riferimento diverso rispetto al contenuto mentale *esteso* (*wide mental content*). Sulla distinzione tra contenuti *ristretti* ed *estesi*, o come preferisco chiamarli rispettivamente *nozionali* e *relazionali*, torneremo nel prosieguo di questo capitolo.

fenomeni del mondo sa più di lui, non solo per sapere *se* Pelle Lindbergh è morto, ma anche per sapere *che cosa significa* “morire” e quindi “omicidio”.

2.1. Il significato di “significato” secondo Hilary Putnam

Per articolare in modo analitico le intuizioni esterniste, bisogna cominciare attaccando la teoria del significato di Gottlob Frege. In un famoso saggio, pubblicato per la prima volta nel 1975, intitolato *The Meaning of “Meaning”*, Hilary Putnam si propone di fare precisamente questo. Vuole dimostrare che la teoria del significato internista, sostenuta dai “filosofi tradizionali”, si fonda su due assunti logicamente incompatibili. E parlando dei “filosofi tradizionali”, Putnam allude appunto a Frege la cui teoria del significato rispecchierebbe, quantomeno in relazione a questi due assunti, la concezione di “significato” irriflessa più diffusa tra le persone comuni.

Il primo assunto di questa tesi tradizionale è che il senso di una parola è un insieme di condizioni che consentono di identificare ciò a cui quella parola si riferisce. Secondo Frege [2003, p. 19], la parola “significato” ha in realtà due accezioni distinte, benché correlate. Può alludere al concetto astratto veicolato dal parlante, il suo *senso*, oppure in alternativa alla cosa o all’insieme di cose che soddisfano le condizioni fissate da quel concetto astratto, il suo *riferimento*¹⁶⁰. Il significato di “cane”, per esempio, nella prima accezione di “significato”, è l’idea di un particolare tipo di mammifero domestico, mentre in una seconda accezione è l’animale stesso cui si fa riferimento¹⁶¹.

¹⁶⁰ Frege [2003, p. 23] spiega l’importanza della distinzione senso/riferimento con un bellissimo esempio: quello di Fosforo ed Espero. I greci usavano la parola “Φωσφόρος” (Fosforo) per indicare l’astro che appare nel cielo al mattino e annuncia il sorgere del sole, mentre usavano la parola “Ἑσπερος” (Espero) per indicare il primo astro visibile al momento del tramonto. In greco, “Φωσφόρος” viene da “φῶς”, cioè “luce”, e “φέρω”, voce del verbo “portare”, e significa “portatore di luce” mentre “Ἑσπερος” significa semplicemente “vespro” (e in effetti è una parola etimologicamente legata a “vespro”: lo spirito aspro a inizio parola segnala la caduta del digamma, *F*, che nel protogreco pare fosse pronunciato come una *v*). Per i greci, dunque, i significati di “Φωσφόρος” ed “Ἑσπερος” erano ben distinti perché corrispondevano a ben diverse condizioni di applicazione: l’una indicava la stella del mattino e l’altra la stella della sera. Senonché, si è scoperto che Fosforo ed Espero sono lo stesso corpo celeste, cioè il pianeta Venere. Senza la distinzione tra senso e riferimento non si riuscirebbe a spiegare perché “Espero è Espero” è una tautologia, mentre “Espero è Fosforo” non lo è.

¹⁶¹ Nella terminologia fregeana, la distinzione tra l’idea significata e l’oggetto cui ci si riferisce si esprime con le parole “Sinn” e “Bedeutung”, che letteralmente vogliono dire “senso” e “significato”. Io preferisco usare le parole “senso” e “riferimento” in base alla classica traduzione diffusa nella filosofia analitica anglosassone, “sense” e “reference”, per motivi di chiarezza. L’accezione più comune con cui si usa la parola “significato”, infatti, è molto più vicina alla nozione di *Sinn* piuttosto che a quella di *Bedeutung*. Per esempio, in italiano, sarebbe sbagliato dire che la parola “unicorno” sia

Il secondo assunto è che il significato (nella prima accezione, che è la più comune, ossia inteso come senso o intensione) è determinato dallo stato psicologico del parlante. Questo perché capire il significato di un segno linguistico equivale a capire l'intento comunicativo con cui quel segno è stato prodotto o viene normalmente prodotto¹⁶². L'italiano che dice "cane", il portoghese che dice "cão" e il tedesco che dice "Hund" indicano tutti, pur con parole diverse, la stessa classe di animali, perché dicendo quelle pur diverse parole pensano alla stessa cosa: il mammifero peloso, che abbaia, amico dell'uomo.

Ora, – dice Putnam – i due assunti sono contraddittori. Non si può contemporaneamente sostenere che il senso di un termine è univocamente associato ad un riferimento e che il senso è un insieme di condizioni che il parlante competente si raffigura nella sua testa. Se questi due assunti fossero entrambi veri, lo stato psicologico del parlante sarebbe univocamente associato ad un riferimento, ma ciò non è vero. Di questo ci si rende conto facendo un esperimento mentale [Putnam, 1979, pp. 223-227].

Immaginiamo un pianeta esattamente come la Terra – chiamiamolo Terra gemella – in cui il liquido di cui sono composti i laghi e i fiumi, col quale le persone si dissetano e che tutti chiamano "acqua" non ha la struttura chimica H₂O bensì una diversa struttura XYZ. Nonostante la sua diversa composizione chimica, XYZ ha caratteristiche superficiali indistinguibili rispetto a quelle di H₂O: è un liquido incolore, inodore, insapore, utile per irrigare i campi e dissetante. Un terrestre, con

priva di significato, se quello che intendiamo è semplicemente che non esistono animali qualificabili come unicorni. A quanto pare, la scelta di questa traduzione, ormai divenuta classica, fu presa collegialmente, nei primi anni settanta, alla casa editrice Blackwell, da Micheal Dummett, Peter Geach, William Kneale e Roger White [Beaney, 1997, p. 36].

¹⁶² L'internismo – va chiarito – non equivale allo psicologismo. Putnam precisa che il fatto che il senso sia, secondo questa tradizione, determinato univocamente uno stato psicologico individuale del parlante non deve essere confuso con la diversa tesi secondo cui i significati o i concetti non esistono se non nella mente di chi li pensa. Frege rifiuta questa seconda tesi. In particolare, in polemica con lo psicologismo di John Stuart Mill, insiste che le leggi della logica non esistono perché pensate ma esistono in quanto entità ideali e oggettive. Ciononostante Frege ritiene che il senso, la cui esistenza non dipende dal parlante, fornisca al parlante, una volta che l'abbia "afferrato", criteri sufficienti per determinare il riferimento, tesi che invece Putnam nega. Scrive in proposito Putnam: "If our interpretation of the traditional doctrine of intension and extension is fair to Frege and Carnap, then the whole psychologism/Platonism issue appears somewhat a tempest in a teapot, as far as meaning-theory is concerned. [...] For even if meanings are 'Platonic' entities rather than 'mental' entities on the Frege-Carnap view, 'grasping' those entities is presumably a psychological state (in the narrow sense)" [Putnam, 1979, p. 222].

adeguate competenze chimiche e adeguata strumentazione, che sbarcasse sulla Terra gemella potrebbe constatare che benché sulla Terra e sulla Terra gemella si usi la parola “acqua” per indicare sostanze simili, a rigore “acqua” nei due pianeti ha un diverso significato e fissa riferimenti diversi. Potrebbe anche dire che ciò di cui i laghi e i fiumi della Terra sono formati non è “acqua” secondo il significato che questa parola ha nel nostro pianeta. Almeno fino al 1750, data della scoperta della composizione chimica dell’acqua, il contenuto mentale dei parlanti dei due pianeti era esattamente identico e tuttavia è controintuitivo pensare che il significato di acqua sia mutato al momento della scoperta della sua composizione chimica. Prendiamo dunque due tipici parlanti delle rispettive lingue della Terra e della Terra gemella vissuti in un tempo antecedente alla scoperta della composizione chimica di ciò che ciascuno di loro chiama “acqua”. Oscar₁, un parlante della lingua terrestre del 1749, quando dice “acqua” si riferisce ad H₂O, mentre Oscar₂, parlante della lingua della Terra gemella del 1749, con la stessa parola si riferisce a XYZ. Tuttavia i due Oscar hanno di ciò che chiamano “acqua” esattamente la medesima rappresentazione mentale.

Se si approva l’argomento di Putnam, allora segue che per accettare uno dei due assunti sopra esposti è necessario abbandonare l’altro. *O è vero che* il riferimento dipende unicamente dal senso e allora occorrerà abbandonare l’idea che il senso dipenda unicamente dal pensiero dei parlanti *oppure è vero che* il senso dipende dal pensiero dei parlanti ma allora non può essere vero che il riferimento dipende unicamente dal senso. Questo perché, secondo Putnam, se entrambi gli assunti fossero veri a uno stesso pensiero sarebbe univocamente associato uno stesso riferimento e l’identico stato mentale di Oscar₁ e Oscar₂ dovrebbe essere garanzia del fatto che essi si riferiscono, parlando di “acqua”, esattamente alla stessa sostanza, mentre invece si riferiscono a sostanze diverse. Oscar₁ si riferisce ad H₂O e Oscar₂ a XYZ.

Uno dei due assunti della concezione tradizionale deve dunque essere abbandonato. Ma quale? Secondo Putnam, bisogna abbandonare l’idea del significato come funzione esclusiva dello stato mentale del parlante, mentre è bene tenere fermo l’assunto del significato come univocamente associato a un riferimento. La ragione di questa scelta è legata ad un’osservazione empirica: secondo Putnam, la maggior parte di noi non è in grado di fornire definizioni dei termini di cui si serve. Ma se il significato non è nella testa, dov’è? Certo il significato delle parole è in situazioni normali in linea con l’intento comunicativo di chi le proferisce, ma – ci spiega Putnam – esso dipende essenzialmente da altri due elementi: può dipendere dalle caratteristiche del mondo e dalle conoscenze degli altri parlanti. Esaminiamo separatamente i due casi.

Il primo elemento che può contribuire a costituire il significato di una parola è, per Putnam, la *natura stessa* della cosa a cui il parlante si riferisce. Nella Terra e nella Terra gemella, le occorrenze della parola “acqua” hanno significati diversi, anche se i parlanti di entrambi i pianeti fino al 1750 usavano la parola esattamente nello stesso modo. Come mai? Perché in entrambi i pianeti l’intenzione dei parlanti era alludere alla *effettiva natura* di certi esempi indiscussi di “acqua” presenti nell’ambiente circostante. Le sostanze di cui sono composti il mare Mediterraneo della Terra e il mare Mediterraneo della Terra gemella, per esempio, sono entrambe chiamate “acqua”; si dà il caso però che una sia H₂O e una XYZ. Le stesse acque dei mari custodiscono, dunque, il segreto significato di “acqua”, fino al 1750 ignoto ai parlanti. Come è possibile? La questione è meno esoterica di quanto non possa sembrare. Questo fenomeno dipenderebbe da un elemento *indicale* implicitamente presente nell’uso della parola “acqua”, così come nell’uso di tante altre parole.

Quando vado al bar e chiedo un bicchiere d’acqua, non ho in mente una definizione esaustiva e corretta di “acqua”. La mia aspettativa *non è* quella di ricevere un bicchiere contenente una sostanza che soddisfi un elenco di condizioni necessarie e sufficienti che, nella mia mente, fanno contare qualcosa come “acqua”. Quello che ho in mente è solo una serie di *esempi* di ciò che è fatto d’“acqua” (i mari, i fiumi, la pioggia, eccetera), e la mia aspettativa, ordinando un bicchiere d’acqua, è quella di ricevere un bicchiere contenente *quella sostanza lì*: una sostanza che sia *della stessa natura* delle sostanze-modello che ho in mente. Putnam parla di *stereotipi* o *paradigmi*.

In altre parole, la struttura semantica dell’ordinazione “Vorrei un bicchiere d’acqua, per favore” sarebbe analoga quella di “Prendo quello che ha preso il signore”, che può capitare di pronunciare indicando una persona seduta a un altro tavolo. Mentre nel secondo caso l’elemento indicale è esplicito, nel primo è implicito. In entrambi i casi perché io possa sensatamente formulare la mia ordinazione non è necessario che sappia esattamente quali sono le condizioni necessarie e sufficienti perché la mia richiesta sia soddisfatta. Non è necessario che io sappia che cosa il signore ha preso. Non è necessario che conosca la composizione chimica dei paradigmi che rappresentano esempi indiscussi di acqua (cui secondo Putnam implicitamente alludo parlando di “acqua”)¹⁶³.

¹⁶³ Un internista potrebbe obiettare che anche l’ordinazione “quello che ha preso il signore” ha un riferimento definito da una descrizione, un set di criteri ben definiti dallo stato mentale di un parlante. Non importa che esistano mondi possibili in cui il signore ha preso un caffè e mondi possibili in cui ha preso sedici polli arrosto e non importa che l’identità del signore sia determinata in modo indicale. Searle, nel suo *Intentionality*, offre una teoria internista anche degli indicali. Quando mi rappresento il contenuto mentale “quel signore”, per Searle, fisso il riferimento in questo modo: il riferimento è rappresentato chiunque presenti il requisito di causare *questa* percezione [Searle, 1983, p. 227].

Il secondo elemento estraneo all'intento comunicativo del singolo parlante che può contribuire a costituire il significato di una parola è la competenza lessicale di altri parlanti nella comunità in cui si vive, e in particolare di parlanti esperti. Per *competenza lessicale* si intende la capacità di identificare la classe di riferimenti di un determinato termine (competenza referenziale) e la capacità di mettere in relazione questa classe con le classi di riferimenti di altri termini (competenza inferenziale) [Marconi, 1999a, p. 69-92]. Gli esperti assumerebbero così il ruolo di autorità semantiche. In questo caso, perciò, l'elemento indicale implicito nell'intento del parlante non andrebbe riferito (direttamente) alla natura di un paradigma, ma piuttosto all'uso della parola da parte di parlanti più esperti. Putnam fa l'esempio dell'oro. Per tutti noi, quando parliamo di "oro", specie se lo facciamo in ambito negoziale o economico, è importante riferirci a ciò che autenticamente è oro e non a un nostro concetto volgarizzato e atecnico di oro. Ciononostante, solo poche persone hanno le competenze per definire in modo tecnico e distinguere con certezza l'oro, esaminandolo. L'uso linguistico della maggior parte dei parlanti è perciò parassitario rispetto alla competenza referenziale di una minoranza, composta in questo caso da chimici e gioiellieri. Il fenomeno sociolinguistico qui descritto è definito da Putnam *divisione del lavoro linguistico*.

Secondo Putnam, questi due meccanismi indicali spiegano come è possibile che le nostre parole si riferiscano alle cose anche se solo qualcuno di noi, o addirittura se nessuno di noi, ha una piena conoscenza del metodo di identificazione del loro riferimento. La natura implicitamente indicale del linguaggio spiegherebbe perché "meanings just ain't in the head"¹⁶⁴.

¹⁶⁴ In prima battuta, Putnam descrive questi due modi di individuazione del riferimento, quello naturale e quello sociale, come nettamente distinti: il meccanismo indicale evocato dall'esperimento mentale della Terra gemella sembrerebbe fondarsi su una sorta di essenzialismo rispetto ai cosiddetti generi naturali (chiamo "acqua" tutto ciò che condivide la *natura profonda* di un certo paradigma di acqua che ho in mente), mentre la divisione del lavoro linguistico si fonda sulla deferenza dei parlanti comuni nei confronti dei parlanti esperti (chiamo "stagflazione" ciò che un esperto di economia chiama "stagflazione"). Tuttavia, nel corso dell'articolo suggerisce che in realtà siano essenzialmente due aspetti di uno stesso meccanismo semantico. Anche l'esperimento mentale della Terra gemella – dice Putnam – può essere spiegato con una forma di divisione del lavoro linguistico attraverso il tempo ("division of labor *across time*" [Putnam, 1979, p. 229]): chiamo "acqua" tutto ciò che un esperto del futuro (con una conoscenza perfetta della *natura profonda* di un certo paradigma di acqua che ho in mente) chiamerebbe "acqua". Si può dunque essere esternisti senza per questo dover pensare che i generi naturali siano definiti da essenze. Recanati mostra come questi due meccanismi (che lui caratterizza come due forme di deferenza semantica) possano intervenire contemporaneamente in relazione ad uno stesso termine [Recanati, 2000a, p. 453]. Spesso però le due forme di esternismo proposte da Putnam vengono considerate posizioni distinte e chiamate rispettivamente "kind externalism" e "social externalism" cfr. per esempio Davis [2000, p. 363]. Sulla divisione del lavoro linguistico torneremo nell'ultimo capitolo.

2.2. La teoria causale del riferimento di Saul Kripke

Veniamo ora a Saul Kripke. Nel suo libro *Naming and Necessity*, Kripke recupera un vecchio esempio usato da John Stuart Mill per sostenere che i nomi propri hanno una denotazione, ma non una connotazione, cioè si riferiscono a delle cose o delle persone senza l'intermediazione di definizioni o descrizioni ad essi associate¹⁶⁵. Kripke vuole difendere questa idea che era stata posta sotto attacco per tutta la prima metà del Novecento. Ecco il vecchio passo di Mill a cui Kripke fa riferimento:

I nomi propri non sono *connotativi*: *denotano* gli individui che sono da essi richiamati; ma non indicano o suggeriscono che determinate caratteristiche appartengano quegli individui. Quando a un bambino diamo il nome Paul o a un cane il nome Cesare, i nomi sono semplicemente segni usati per far sì che quegli individui possano essere l'argomento di un discorso. Si potrà certo dire che dobbiamo pur aver avuto una qualche ragione per dare proprio quei nomi invece di altri; e questo è vero; ma il nome, una volta dato, è indipendente dalla ragione per cui è stato dato. Un uomo potrebbe essere stato chiamato John perché quello era il nome di suo padre; una città potrebbe essere stata chiamata Dartmouth perché è situata alla bocca del fiume Dart. Ma non fa parte del significato della parola John che il padre della persona così chiamata avesse lo stesso nome; né della parola Dartmouth che la città così chiamata sia situata alla bocca del Dart. Se la sabbia tappasse la foce del Dart o un terremoto cambiasse il suo corso, il nome della città non verrebbe necessariamente cambiato. Quel fatto perciò non può essere parte del significato della parola; altrimenti, al cessare conclamato della verità del fatto, nessuno penserebbe più di applicare il nome. I nomi propri si legano da soli agli oggetti e non dipendono, in questo, dalla persistenza di alcuna caratteristica dell'oggetto [Mill, 1974, p. 33, traduzione mia¹⁶⁶].

¹⁶⁵ Mill chiama *denotazione* il tipo di relazione tra una parola e l'oggetto o la classe di oggetti che rappresenta (che *denota*, appunto); *connotazione* la relazione esistente tra la parola e la descrizione dell'oggetto e la classe di oggetti che rappresenta. È una distinzione che è sovrapponibile a quella di intensione ed estensione e analoga a quella fregeana di senso e riferimento [Abbagnano, 1998, p. 192].

¹⁶⁶ Testo originale:

“Proper names are not connotative: they denote the individuals who are called by them; but they do not indicate or imply any attributes as belonging to those individuals. When we name a child by the name Paul, or a dog by the name Cæsar, these names are simply marks used to enable those individuals to be made subjects of discourse. It may be said, indeed, that we must have had some reason for giving them those names rather than any others; and this is true; but the name, once given, is independent of the reason. A man may have been named John, because that was the name of his father; a town may have been named Dartmouth, because it is situated at the mouth of the Dart. But it is no part of the signification of the word John, that the father of the person so called bore the same name; nor even of the word Dartmouth, to be situated at the mouth of the Dart. If sand should choke up the mouth of the river, or an earthquake change its course, and remove it to a distance from the town, the name of the town would not necessarily be changed. That fact, therefore, can form no part of the signification of the word; for otherwise, when the fact confessedly ceased to be true, no one would

Mill vuole mostrare che la capacità dei nomi propri di riferirsi a qualcosa non dipende dalla descrizione mentale che i parlanti associano ad essi. La letteratura filosofica successiva a Mill, soprattutto con i lavori di Frege e Russell, rigetta questa idea. Russell in particolare sviluppa una teoria secondo la quale i nomi propri sono spesso *descrizioni definite mascherate*¹⁶⁷. Se sto parlando di letteratura inglese con un amico e voglio informarlo del fatto che Sir Walter Scott ha scritto il romanzo *Waverly*, occorrerà che io nel riferirmi a Scott lo associ a una qualche descrizione. Se dico “Scott è l’autore di *Waverly*” e l’amico mi chiede “chi intendi per Scott?” dovrò essere in grado di fornire una serie di criteri sufficienti a determinare la persona a cui intendo riferirmi, per esempio potrei dire “Intendo l’autore di *Marmion*”. Se non fossi in grado di fornire una descrizione sufficiente per distinguere Sir Walter Scott da un suo omonimo l’enunciato sarebbe privo di un significato determinato¹⁶⁸. Nel caso di Dartmouth, Russell direbbe: sarà pur vero che la descrizione associata al nome “Dartmouth” non è più quella etimologica. “Darthmouth” effettivamente *non significa* “la città alla bocca del fiume Dart”. Ma riconoscere questo non equivale ad ammettere che la sua semantica non dipenda *da alcuna* descrizione.

Searle sviluppa la teoria di Russell precisando che le descrizioni associate a un nome proprio costituiscono un insieme dai confini vaghi. Non è necessario che tutte le persone che appartengono alla comunità linguistica in cui il nome è utilizzato lo associno esattamente alle stesse descrizioni. Però perché il nome sia dotato di significato in una comunità linguistica è necessario che ci sia un minimo di convergenza. Prendiamo il nome “Aristotele”: non tutti associamo “Aristotele” alle stesse

any longer think of applying the name. Proper names are attached to the objects themselves, and are not dependent on the continuance of any attribute of the object”.

¹⁶⁷ Russell ritiene che esistano anche alcuni nomi di entità particolari che *non sono* usati come sinonimi di descrizioni definite, ma solo perché sono legati, nella mente del parlante, alla conoscenza diretta (*acquaintance*) dell’oggetto cui si riferiscono. Si tratta essenzialmente dei dimostrativi come “questo” e “quello” [Casalegno, 2005, p. 229].

¹⁶⁸ Scrive in proposito Russell:

“When a judgment is rightly analysed, the objects which are constituents of it must all be objects with which the mind which is a constituent of it is acquainted. This conclusion forces us to analyse descriptive phrases occurring in propositions, and to say that the objects denoted by such phrases are not constituents of judgments in which such phrases occur [...]. This leads us to the view (recommended also on purely logical grounds) that when we say 'the author of *Marmion* was the author of *Waverley*', Scott himself is not a constituent of our judgement, and that the judgment cannot be explained by saying that it affirms identity of denotation with diversity of meaning. It also, plainly, does not assert identity of meaning. Such judgments, therefore, can only be analysed by breaking up the descriptive phrases, introducing a variable, and making prepositional functions the ultimate subjects. In fact, 'the so-and-so is such-and-such' will mean that *x* is so-and-so and nothing else is, and *x* is such-and-such' is capable of truth” [Russell, 1911, p. 128].

descrizioni, ma quasi tutti coloro che si servono della parola “Aristotele” sanno che serve per indicare un filosofo greco vissuto a Stagira. Se “Aristotele” non avesse una connotazione ma solo una denotazione, un riferimento ma non un senso, una frase come “Aristotele non è mai esistito” non significherebbe nulla o significherebbe tutt’al più “Non c’è mai stata una persona al mondo chiamata col nome ‘Aristotele’”. Ovviamente, però, la frase ha un significato diverso. Se scopriremo che lo Stagirita non è mai esistito, l’esistenza di un signore di Atene che si chiama Aristotele e fa il ragioniere non ci impedirebbe di dire “Aristotele non è mai esistito”. Se dicessimo “Aristotele non è mai esistito” intenderemmo che non è mai esistita una persona di Stagira che faceva di professione il filosofo e che aveva tutte le caratteristiche che la tradizione associa al filosofo Aristotele.

Kripke attacca Searle, Russell e Frege e prende le difese della vecchia teoria di Mill. In *Naming and Necessity* sostiene che la teoria internista è implausibile, facendo un’osservazione banale, ma al contempo molto potente. Abbiamo detto che in base alla semantica internista di Searle, Russell e Frege, anche il senso di un nome proprio è un insieme di proprietà, che i parlanti associano ad un oggetto o una persona. Il riferimento del nome proprio invece è la cosa o la persona esistente nel mondo che soddisfa quelle proprietà. Per esempio, la parola “Aristotele” in base alla teoria internista dovrebbe essere associata ad una serie di dati biografici che distinguono Aristotele da altri filosofi: maestro di Alessandro Magno, allievo di Platone, autore dell’*Etica Nicomachea* eccetera. Però – osserva Kripke – se un filologo sostenesse che in realtà l’*Etica Nicomachea* non è stata scritta da Aristotele direbbe qualcosa di *contraddittorio*? Sembrerebbe di no. Su questo possiamo essere tutti d’accordo. Ma se Aristotele davvero *significasse*, tra le altre cose, “autore dell’*Etica Nicomachea*” la frase “Aristotele non è l’autore dell’*Etica Nicomachea*” dovrebbe suonarci come contraddizione in termini, come “i quadrati sono triangolari” o “gli scapoli sono sposati”. Che cosa implica questo? Secondo Kripke, implica che il fatto che alla persona Aristotele sia applicabile una certa descrizione, come “l’autore dell’*Etica Nicomachea*”, non può essere parte del significato della parola “Aristotele”.

Ma quindi, se il nome “Aristotele” non si riferisce ad Aristotele per il tramite di una descrizione del filosofo di Stagira condivisa dai parlanti che se ne servono cosa collega il nome “Aristotele” proprio alla persona così chiamata? Kripke di questo offre una spiegazione che per certi versi ricorda la teoria della divisione del lavoro linguistico di Putnam, di cui abbiamo parlato un momento fa. Nel momento in cui io acquisisco la parola “Aristotele” per esempio al liceo, dal mio insegnante di filosofia, e incomincio a servirmene, la mia intenzione nel dire “Aristotele” è quella di riferirmi esattamente alla stessa persona a cui si riferisce il mio insegnante. Allo stesso modo, il mio insegnante avrà appreso il nome proprio “Aristotele” da altre persone e nel servirsene il suo intento è quello di riferirsi alla stessa

persona a cui queste ultime intendevano riferirsi. E così via. Kripke sostanzialmente immagina che l'uso di un nome proprio postuli l'intenzione di entrare a far parte di una catena di comunicazione, una tradizione orale o scritta che, come nel caso di "Aristotele", può essere anche millenaria, che permette a ciascun parlante di prendere a prestito il riferimento individuato dal parlante precedente. Questa catena rimonta fino al momento del battesimo iniziale dell'oggetto o della persona cui il nome si riferisce. Nel dire "Aristotele" mi riferisco ad Aristotele solo perché è esistito un momento nel passato in cui due genitori in Grecia hanno deciso di chiamare in questo modo il loro bambino. Dopo quel battesimo iniziale, una catena comunicativa di parlanti accumulati dall'intento di riferirsi a quella stessa persona si è protratta per millenni ed è giunta fino al mio insegnante di liceo e dunque a me. Solo per questo, per Kripke, se dico "Aristotele" mi riferisco ad Aristotele. Le descrizioni che io associo ad "Aristotele" sono irrilevanti: non sono loro a fissare il riferimento del termine nel mio idioletto.

In *Naming and Necessity*, Kripke estende questa sua teoria, detta *teoria causale del riferimento*, anche ai generi naturali. Questo è l'aspetto più rilevante ai nostri fini. Perché quando diciamo "oro" ci riferiamo tutti ad una stessa sostanza, anche se non necessariamente tutti siamo dotati di una capacità tecnica sufficiente per distinguere l'oro dalla pirite? Perché – dice Kripke – l'oro è stato battezzato "oro" in un certo momento del passato. Acquisendo la parola "oro" siamo entrati in una catena di comunicazione che rimonta causalmente fino al momento di quel battesimo iniziale [Kripke, 1980, pp. 96-97]. Secondo i *Prolegomeni ad ogni metafisica futura* di Kant – spiega Kripke [1980, p. 134] – il giudizio "l'oro è giallo" è *a priori* anche se si riferisce a un concetto usato per descrivere un fenomeno empirico. È *a priori* perché secondo Kant è parte della *definizione* di "oro" che sia giallo. Kripke non è d'accordo. Supponiamo che si scopra che vediamo l'oro giallo solo per un'illusione ottica generalizzata. Supponiamo che si scopra che l'oro in realtà è blu. Cosa direbbero i giornali di questa scoperta? Annuncerebbero che l'oro non esiste e non è mai esistito?

No – dice Kripke – i giornali non direbbero che l'oro non esiste¹⁶⁹. Semplicemente direbbero che si è scoperto che l'oro è blu. Che la nostra definizione di oro era sbagliata¹⁷⁰. E direbbero così perché ciò che determina la relazione tra la parola “oro” e l'oro non è un insieme di criteri nella disponibilità dei parlanti che si servono della parola “oro” e che la sostanza oro soddisfa. È la struttura causale di una tradizione orale e scritta che rimonta fino a un momento lontano del passato: quello del battesimo iniziale, in cui, di una certa cosa, oggettivamente riconducibile ad una certa categoria chimica, qualcuno disse “Questo d'ora in avanti lo chiameremo ‘oro’!”.

In conclusione, è importante notare un paio di cose. Sia la teoria di Putnam sia quella di Kripke, negano che il significato delle parole possa essere descritto alla maniera di Frege: come un insieme di criteri, un elenco di proprietà, che il parlante competente può utilizzare per individuare le cose a cui le parole si riferiscono. Un parlante medio della lingua italiana quando si chiede se la parola “oro” sia applicabile ad un determinato riferimento non ha in mente una *definizione* di oro. Non si chiede: È un metallo giallo, con numero atomico 79, con termine spettroscopico $^2S_{1/2}$? Bene, allora è oro. Le cose non funzionano così. Pochi parlanti della lingua italiana conoscono la definizione chimica dell'oro e ancora meno sanno che cosa vuol dire “spettroscopico”, eppure tutti si servono utilmente della parola “oro”. Le spiegazioni che Kripke e Putnam offrono di questo fenomeno, come abbiamo visto, non coincidono totalmente. Ma hanno un elemento in comune. Per entrambi, l'idea che il significato delle parole stia nel mondo si lega ad un uso indicale del linguaggio. Per Kripke e Putnam, la definizione migliore che possiamo dare di una parola come “oro” possiamo darla *puntando il dito* verso qualcosa fatto d'oro e dicendo “questo è oro” (o, tutt'al più, puntando il dito verso qualcuno che sia a sua volta in grado di identificare l'oro e dicendo “è d'oro ciò che *lui* indicherà come d'oro”).

¹⁶⁹ Ecco la risposta alla domanda nelle parole di Kripke:

“It seems to me that there would be no such announcement. On the contrary, what would be announced would be that though it appeared that gold was yellow, in fact gold has turned out not to be yellow, but blue. The reason is, I think, that we use 'gold' as a term for a certain *kind* of thing. Others have discovered this kind of thing and we have heard of it. We thus as part of a community of speakers have a certain connection between ourselves and a certain kind of thing. The kind of thing is *thought* to have certain identifying marks. Some of these marks may not really be true of gold” [Kripke, 1980, p. 118].

¹⁷⁰ Si potrebbe fare anche un esempio giuridico. Le persone che impegnate per contratto a corrispondere certi quantitativi d'oro non si libererebbero sostenendo che l'obbligazione è impossibile!

3. L'esternismo semantico nel diritto

3.1. Esperimento mentale: un processo nella Terra gemella

A questo punto vorrei proporvi un esperimento mentale. Immaginiamo di essere nel 1749. Tizio è un imprenditore agricolo proprietario di un vasto fondo coltivato. Caio è un altro imprenditore agricolo, proprietario di un fondo limitrofo, anch'esso coltivato. Nel fondo di Caio si trova un piccolo lago. L'acqua del lago è più che sufficiente a garantire l'irrigazione del fondo di Caio nei periodi di siccità che invece espongono spesso Tizio al rischio della perdita del raccolto. Tizio e Caio decidono dunque di stipulare un contratto di durata quinquennale con cui Caio si impegna in cambio di una somma di denaro a somministrare a richiesta di Tizio un certo quantitativo di "acqua idonea all'irrigazione e priva di impurità". I due si dotano di una pompa idraulica sofisticatissima per il tempo che consente non solo di trasportare secondo le esigenze meteorologiche l'acqua dal fondo di Caio nel fondo di Tizio, ma anche di misurare la quantità di ettolitri che nel corso dei cinque anni di vigenza del contratto verrà somministrata.

Senonché quello stesso anno si verifica una siccità senza precedenti. Il sole batte sui due fondi senza sosta e per tutto l'anno non cade nemmeno un goccio di pioggia. Tizio e Caio usufruiscono nel solo 1749 di quasi tutta l'acqua disponibile. Nel 1750 le cose però non vanno meglio, la terra è secca e il laghetto ormai si sta riducendo a un piccolo stagno. L'acqua non è più sufficiente per irrigare entrambi i fondi. Caio dunque decide di chiudere la pompa, per poter salvare il proprio raccolto. Tizio, che corre a propria volta il rischio di perdere il suo raccolto, conviene in giudizio Caio per inadempimento contrattuale e risarcimento del danno.

Caio si costituisce in giudizio eccependo di non essere più tenuto alla somministrazione di acqua in quanto negli ultimi due anni di straordinaria siccità Tizio ha consumato la quantità massima di ettolitri dovuti in base al contratto. Si svolge dunque il processo dove Caio presenta come testimone l'ingegnere che ha costruito la pompa d'acqua che conferma che il quantitativo d'acqua somministrata negli ultimi due anni a Caio effettivamente supera il valore soglia pattuito. Tizio si difende sostenendo che l'acqua somministrata negli ultimi quattro mesi era stata prelevata da un punto del bacino in cui aveva ristagnato a causa della calura e quindi non doveva essere conteggiata. Sostiene di poter dimostrare che l'acqua di quella porzione del bacino non corrisponde alla nozione di "acqua idonea all'irrigazione e priva di impurità".

La Corte decide dunque di nominare un esperto che possa esaminare alcuni campioni prelevati dal punto dello stagno in cui era stata collocata la pompa idraulica per valutare se quanto allegato da

Tizio corrisponde alla verità. L'esperto presenta al giudice una relazione con delle conclusioni sconvolgenti. Il liquido contenuto nel laghetto di Caio, in base agli accertamenti compiuti, non è affatto acqua. L'esperto spiega che di recente è stato scoperto che la composizione chimica dell'acqua è H₂O: è H₂O quella del mare, della pioggia, dei laghi e dei fiumi. Solo in rarissimi bacini lacustri si è riscontrata la presenza di una molecola diversa, XYZ, elemento che ha le stesse proprietà superficiali dell'acqua, e che è straordinariamente efficace nell'irrigazione dei campi, ma che differisce dall'acqua nella sua struttura chimica. Il liquido somministrato da Caio è XYZ. Il giudice prende atto delle conclusioni dell'esperto e conclude che Caio non ha mai adempiuto, nemmeno parzialmente alla promessa contrattuale; per altro verso ritiene che Tizio non abbia alcun titolo per farsi somministrare ulteriore XYZ.

Entrambe le parti lamentano che la sentenza è ingiusta. Tizio sostiene che il giudice avrebbe dovuto accettare la domanda principale di adempimento e condannare Caio a somministrargli XYZ. Caio sostiene di non essere tenuto ad alcun risarcimento del danno nei confronti di Tizio per il fatto di avergli già corrisposto la quantità di XYZ prevista dal contratto. In sostanza, sia Tizio che Caio ritengono che il giudice abbia male interpretato il contratto, perché *nel loro intento* non c'era alcuna differenza tra H₂O e XYZ, differenza questa che al tempo della stipula non era nota né a loro né a nessun'altra persona al mondo. E come dar loro torto?

Questo esempio mostra che l'adozione da parte del giudice di una semantica esternista, almeno *prima facie*, presenta dei grossi problemi. È pacifico che le parti usando la parola "acqua" nel testo negoziale si riferissero al liquido esemplificato dai paradigmi che noi tutti associamo all'acqua: il mare, la pioggia, i laghi, i fiumi... Quale sia la *natura profonda* di tale liquido, per il giudice esternista, è una questione *di fatto* e in quanto tale non può essere risolta domandandosi che cosa Tizio e Caio *intendessero* per "acqua". Qualificando la natura dell'acqua come una questione di fatto, però, il giudice finisce per fraintendere il vero senso della domanda che le parti gli hanno posto. Tizio e Caio sono perfettamente d'accordo nel considerare irrilevante per la controversia tra loro sorta la scoperta della differenza tra H₂O e XYZ. Tizio e Caio infatti non si sono rivolti al giudice per sapere quanta H₂O Tizio abbia ricevuto e quanta H₂O Caio abbia somministrato. Né Tizio né Caio al momento della formulazione della domanda avevano le risorse intellettuali per porsi un simile problema, dal momento che non possedevano il concetto di H₂O. Il *thema decidendum* che Tizio e Caio hanno deferito al giudice *non può* riguardare H₂O, semplicemente perché né Tizio né Caio conoscevano quel concetto al momento della stesura del contratto o al momento della formulazione della domanda. Il *thema decidendum* deve per forza riguardare l'unico concetto al quale Tizio e Caio con le loro

limitate risorse concettuali potevano fare riferimento: il *loro* concetto, approssimativo, scientificamente difettoso, di acqua.

3.2. *Il realismo metafisico di Michael Moore*

Ci sono filosofi del diritto che probabilmente ragionerebbero come il giudice del nostro esperimento mentale, se si trovassero a dover dirimere la controversia che abbiamo immaginato. Uno di loro è Michael S. Moore [1985; 1989; 2002; 2003; 2016]. Secondo Moore, una volta accertato l'intento del legislatore di riferirsi con una parola a un determinato genere naturale, non sarà più un problema di interpretazione della volontà normativa comprendere se l'oggetto rientri o meno nell'intensione di quella parola. La sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, a quel punto, dipende unicamente dalla struttura, potenzialmente ignota a chi esprime la volontà normativa, del genere naturale. In quest'ottica, l'interprete dovrebbe sempre assumere quella che Moore chiama una *teoria realista del significato*, una teoria cioè che tenga conto della *struttura effettiva* delle classi denotate dalle parole. Scrive Moore:

Una teoria realista del significato afferma che, per esempio, il significato della parola "morte" non è fissato da determinate convenzioni. Una teoria realista sostiene, piuttosto, che "morte" si riferisce ad un genere naturale, una categoria di evento che si verifica nel mondo, e sostiene che non è frutto del nostro arbitrio il fatto che possediamo un simbolo per nominare proprio quella categoria. (Potrà essere frutto del nostro arbitrio il particolare simbolo che abbiamo scelto per nominare questa particolare classe di eventi, ma non è frutto del nostro arbitrio il fatto che possediamo *un qualche* simbolo per nominare proprio quella classe di eventi). La nostra intenzione quando usiamo la parola "morte" è quella di riferirci proprio a *quel genere* di evento, qualsiasi risulti essere la sua vera natura. In altre parole, non conformiamo il nostro uso a un insieme di convenzioni che abbiamo concordato rispetto a quando considerare una persona "morta"; piuttosto cerchiamo di applicare l'attributo "morto" solo a persone che sono veramente morte, cosa che determiniamo applicando la migliore teoria scientifica di cui disponiamo rispetto a ciò che la morte è in realtà. [Moore, 1985, p. 294, traduzione mia¹⁷¹]

¹⁷¹ Testo originale:

"A realist theory [of meaning] asserts that the meaning of "death", for example, is not fixed by certain conventions. Rather, a realist theory asserts that "death" refers to a natural kind of event that occurs in the world and that it is not arbitrary that we possess some symbol to name this thing. (It may be arbitrary what symbol we assign to name this class of events, but it is not arbitrary that we have *some* symbol to name it). Our intentions when we use the word death will be to refer to this kind of event, whatever its true nature might turn out to be. We will guide our usage, in other words, not by some set of conventions we have agreed upon as to when someone will be said to be dead; rather, we will seek to apply "dead" only to people who are really dead, which we determine by applying the best scientific theory we can muster about what death really is" [Moore, 1985, p. 294].

La teoria realista di Moore è una forma di esternismo semantico. Secondo Moore, quando un giudice deve decidere se un soggetto è punibile per omicidio non deve guardare al mondo esterno solo per determinare se quel qualcuno abbia o meno causato un certo tipo di evento, ma anche per determinare se l'evento causato possa essere correttamente definito come "morte". La morte è un genere naturale. Per capire che cosa debba contare *come* "morte" il giudice non deve chiedersi che cosa *intendiamo* per "morte", o che cosa *intende* per "morte" il legislatore, o che cosa si è sempre *inteso* per "morte" nella tradizione giuridica e morale che riprova l'omicidio. L'intenzionalità individuale o collettiva nell'uso del termine è irrilevante. Ciò che la morte è non è funzione dei nostri stati mentali, né degli stati mentali di nessun altro. Capire che cosa significa "morte" è un problema che ha a che vedere con la struttura del mondo, non con le convenzioni linguistiche, le intenzioni comunicative o le definizioni presupposte dai parlanti¹⁷². Per Moore, il problema di diritto di determinare il contenuto del concetto di "morte" impiegato dal legislatore deve essere considerato inscindibile rispetto a un problema *di fatto* che si risolve facendo affidamento alla "miglior teoria scientifica di cui disponiamo". In questo modo, la teoria di Moore sembra restringere il campo della dottrina giuridica in favore di discipline diverse, discipline che a differenza del diritto non si fondano sulla conoscenza di *scelte umane* ma piuttosto sulla conoscenza della *reale struttura del mondo*¹⁷³. Moore arriva a dire che l'interprete dovrebbe prescindere dalle definizioni di termini giuridici contenute nei testi di legge quando queste sono in contrasto con l'*effettiva natura* dei fenomeni oggetto di disciplina.

3.3. La teoria dei disaccordi di David Brink

In David Brink [1988; 1989a; 1989b; 2001], ritroviamo qualcosa di analogo.

¹⁷² Scrive Moore:

"[T]he legal realist as I shall define her is both a scientific and a moral realist. That is, without regard to the law, she takes the metaphysically realist line on many entities or qualities such as electrons, intentions, justice or kindness. [...] [T]he meaning of sentences about such entities is just the conditions under which such entities are true. [...] [The] legal realist will rely on her scientific and moral realism when applying these terms to particular cases. These metaphysical views will thus lead her to practice law in a quite distinct way. When statutes use such terms, she will understand judges to be directed to apply them in light of the best theories they can muster about the nature of the things to which the terms refer" [Moore, 1989, pp. 882-883]. Sugli stessi temi cfr. Moore [2002; 2004]

¹⁷³ Bisogna segnalare che nella prospettiva giusnaturalista di Moore tra queste altre discipline primeggia la morale, che Moore considera conoscibile in termini oggettivi.

La determinazione del significato e del riferimento di una disposizione giuridica richiederà spesso di basarsi su considerazioni riguardo alla reale natura dei referenti del testo di legge [Brink, 1988, p. 121, traduzione mia¹⁷⁴].

Anche per Brink, solo una semantica esternista può spiegare come funziona la concreta applicazione delle norme a casi reali e, anche per Brink, l'interpretazione giuridica dipende irrimediabilmente da scienze diverse dal diritto: da forme di sapere che permettono di accertare la natura delle classi di fenomeni a cui il diritto si riferisce.

Esempio: l'ottavo emendamento alla costituzione americana proibisce l'inflizione da parte dello stato di pene *crudeli* e inusuali. Pensare che il significato della parola "crucele" nell'idioletto dei giuristi che discutono dell'ottavo emendamento sia un set di criteri di per sé capaci di isolare una categoria di pene e proibirle rappresenta per Brink un fraintendimento profondo della pratica di discutere in punto di diritto. Comprendere se una pena è crudele in base all'ottavo emendamento è una questione che riguarda problemi di carattere psicologico ed etico, è una questione che ha a che fare con come stanno realmente le cose nel mondo. Il significato di "crucele" non dipende da cosa *intendiamo* con l'espressione "crucele". Non dipende nemmeno da ciò che considerava crudele il proponente dell'emendamento, James Madison, né da ciò che consideravano crudele i membri del Congresso che, il 25 settembre 1789, decisero di approvare il *Bill of Rights*. Secondo Brink, è parte dell'intento soggiacente all'uso del termine "crucele" da parte del legislatore che siano considerate crudeli le pene che *effettivamente* sono crudeli. Nell'usare quel termine il legislatore accetta di bandire anche le pene che egli stesso non *sa* essere crudeli, ma che *in realtà* lo sono:

Anche se le convinzioni morali dei costituenti riguardo alle pene magari li avessero indotti a ritenere che il divieto di comportamenti crudeli e inusuali di cui all'Ottavo Emendamento si applicasse – poniamo – solo a certe particolari forme di tortura, il fatto che essi scelsero l'espressione generale "pene crudeli e inusuali" è la prova che la loro intenzione prevalente fosse quella di proibire pene che sono *effettivamente* crudeli e inusuali, non quella di proibire quelle particolari forme di tortura [Brink, 1988, p. 126, traduzione mia¹⁷⁵].

¹⁷⁴ Testo originale:

“Determination of the meaning and reference of legal standards will often require reliance on theoretical considerations about the real nature of the referents of language in the law [...]”.

¹⁷⁵ Testo originale:

“Though the framers' moral beliefs about punishment may have led them to expect the Eighth Amendment's prohibition of cruel and unusual punishment to prohibit only, say, certain forms of torture, the fact that they chose the general language of "cruel and unusual punishment" is evidence that their dominant intention was to prohibit punishments which are in fact cruel and unusual, not to prohibit certain specific forms of torture”.

Secondo esempio: per i casi di danni provocati da sostanze tossiche l'ordinamento statunitense spesso prevede una forma di responsabilità oggettiva del produttore. Se si prova che la sostanza è tossica, il produttore potrà essere condannato senza che occorra provare dolo o colpa. Ebbene – dice Brink – anche se né il giudice, né i soggetti coinvolti nella stesura della disposizione hanno un'idea precisa di quali siano i criteri di tossicità di una sostanza, la disposizione ha un contenuto normativo determinato. Una sostanza è tossica perché rispetta dei criteri di tossicità reali, che esistono nel mondo indipendentemente da noi, non dei criteri convenzionali o decisi in modo stipulativo. Tali criteri sono oggetto di investigazione scientifica, non di stipulazione legislativa.

Considerate una legge, emanata, diciamo, nel 1945, che impone un onere di stretta diligenza nel maneggiare sostanze tossiche. Riferendosi alla documentazione scientifica (allora) attuale, i legislatori del 1945 avevano determinate credenze riguardo a quali sostanze fossero tossiche e queste credenze determinarono la loro (specifica) intenzione di adottare il provvedimento. Oggi abbiamo teorie diverse e migliori riguardo alle tossine. Dovremmo continuare a dare molto peso alla (specifica) intenzione legislativa soggiacente al provvedimento? Dovremmo continuare ad imporre l'onere di stretta diligenza solo a coloro che maneggiano le sostanze che i legislatori intendevano regolare? Dovremmo farlo se accettassimo la teoria semantica tradizionale: il mancato rispetto dell'intenzione del legislatore determinerebbe, in base a questa teoria, una violazione del significato del provvedimento. Ma il rispetto della (specifica) intenzione del legislatore determinerebbe la mancata applicazione dell'onere di stretta diligenza nel maneggiare sostanze che abbiamo ogni ragione per ritenere tossiche. La nostra teoria semantica alternativa fornisce la soluzione interpretativa corretta in questo caso. La legge del 1945 impone una disciplina su come maneggiare le sostanze che *sono effettivamente* tossiche. Una data comunità giuridica dovrà basarsi sulla migliore documentazione chimica disponibile per determinare il riferimento di “sostanza tossica”. Le intenzioni o credenze del legislatore relativa alle sostanze tossiche e il loro maneggiamento saranno tutt'al più un punto di partenza per la nostra ricerca del significato del testo di legge e se abbiamo buone ragioni per ritenere che il legislatore fosse gravemente in errore ciò non ci vincolerà in nessun modo [Brink, 1988, pp. 122-123, traduzione mia¹⁷⁶].

¹⁷⁶ Testo originale:

“Consider a law imposing strict standards of due care in the handling of toxic substances enacted in, say, 1945. Relying perhaps on (then) current scientific evidence, the legislators in 1945 had beliefs about what substances are toxic, and this determined their (specific) intentions in enacting the statute. We now have different and better theories about toxins. Should we place much weight on the (specific) legislative intent underlying this statute? Should we continue to impose strict liability only on the handling of those substances which the enacting legislators intended to regulate? We might if we accepted the traditional semantic theory: failure to appeal to legislative intent would result, according to that theory, in a change in the meaning of the statute. But appealing to (specific) legislative intent in this way means failing to impose strict standards of due care on the handling of substances which we have every reason to believe are toxic. [...] Our alternative semantic theory gives the right interpretive results here. The 1945 statute imposes legal regulations on the

Per Brink, la semantica internista andrebbe incontro a due grossi problemi nel momento in cui viene applicata all'ambito giuridico. In primo luogo, non consentirebbe di spiegare il fenomeno dei disaccordi concettuali, centrale nell'esperienza giudiziaria. Se si adotta una semantica internista un dibattito circa la corretta definizione di "crucele" o di "giusto processo" potrebbe apparire letteralmente insensato: o i disputanti sono *già* d'accordo su cosa intendono per "crucele" o "giusto processo", ma allora il disaccordo è escluso in partenza; oppure non intendono per "colpa" o "giusto processo" la stessa cosa e quindi la domanda definitoria che si pongono non è la stessa, perché verte su concetti diversi, e quindi anche in questo caso non c'è disaccordo. In secondo luogo, l'internismo non sarebbe in grado di spiegare come mai i parlanti possano *cambiare opinione* sul significato di un termine. Secondo autori come Hart il parametro ultimo di correttezza delle definizioni adottate in ambito giuridico sono le opinioni degli operatori giuridici. Ma se il significato si esaurisse nei criteri *già* adottati, ogni nuova interpretazione di un termine giuridico per quanto ben argomentata dovrebbe essere contraddittoria. Se il termine *x significasse* ciò che i parlanti intendono per *x*, supponiamo *y*, ogni tentativo di sostenere una nuova interpretazione equivarrebbe all'affermazione che *y* è diverso da *y*.

In realtà, come vedremo, il tentativo di teorie esterniste di restituire significato alla pratica del disaccordo concettuale ha l'effetto di confondere tipi di disaccordo diverso, come l'esperimento mentale del processo nella Terra gemella tenta di dimostrare.

3.4. Disaccordi tecnici e disaccordi giuridici

Torniamo per un momento al nostro esperimento mentale. Se assumiamo la teoria di Moore o quella di Brink per risolvere il caso sopra esposto, considereremo il problema di determinare che cosa conti come "acqua idonea all'irrigazione" non come un problema relativo all'interpretazione della volontà negoziale delle parti, ma come un problema chimico¹⁷⁷. Il giudice dovrà limitarsi ad accertare l'intento dei contraenti di riferirsi al genere "acqua", identificando lo stereotipo cui quella parola si riferisce: il liquido di cui è composta la pioggia, i mari, il lago Trasimeno, il fiume Po eccetera. Dopodiché comprendere se il campione d'acqua appartenga o meno a quel genere sarà questione legittimamente deferibile ad un esperto. Il procedimento di sussunzione del fatto nella norma sarà

handling of those things which are, in fact, toxic. A given legal community can do no better than rely on the best available chemical evidence in trying to determine the reference of "toxic substance." The intentions or beliefs of the enacting legislature concerning toxic substances and their handling are at most starting points in our own inquiry into the meaning of the statute, and where we have reason to believe that the beliefs of the legislature were badly mistaken, legislative intent is no constraint at all".

¹⁷⁷ Per alcune critiche alle posizioni esterniste di Moore e Brink, cfr. Bix [1992; 2003] e Patterson [1996, pp. 43-58].

così scomposto in tre fasi solo una delle quali sarà controllata dal giudice (il collegamento tra la parola e il suo stereotipo), mentre le altre due (il collegamento dello stereotipo alla sua natura profonda, e il confronto di quest'ultima con la natura profonda della cosa oggetto di sussunzione) dovranno essere delegate ad un esperto. Schematicamente:

- 1) Il campione di liquido raccolto dallo stagno > *secondo l'esperto* > è XYZ;
- 2) XYZ (\neq H₂O) > *secondo l'esperto* > non ha la stessa natura del liquido che compone la pioggia, i mari eccetera;
- 3) ciò che non è lo stesso tipo di liquido che compone la pioggia, i mari, eccetera > *secondo il giudice* > non è "acqua".

Se si adotta un'interpretazione radicale dell'esternismo, non solo non spetta al giudice determinare la nozione di "acqua" contrattualmente rilevante: non spetterà al giudice nemmeno determinare quale nozione di "stessa natura" che l'esperto dovrà presupporre per dire se lo stereotipo di acqua e il campione raccolto dallo stagno hanno la stessa natura. In base a questa tesi, i criteri per comporre una disputa concettuale sulla natura di un determinato paradigma non saranno influenzati dal fatto che si sta discutendo di diritto. La natura dell'acqua, e quindi la migliore definizione chimica disponibile di essa, dovrebbe essere riconosciuta *anche* dal diritto in quanto unica natura che l'acqua possiede nel mondo reale.

Questo approccio, se portato alle sue estreme conseguenze, finisce per negare l'evidenza. Nega che, per fenomeni studiati da discipline diverse rispetto al diritto, il diritto possa stabilire autonomi criteri di categorizzazione, disattendendo i pretesi criteri *naturali* scoperti dalle scienze. Quando il diritto parla di "acqua", "morte", "crudeltà", "sostanza tossica", nella prospettiva esternista, dovrebbe fare riferimento alle stesse categorie a cui quelle parole alludono rispettivamente in ambito chimico, biologico, morale, tossicologico. Ma questa idea è in contrasto con l'esperienza di qualsiasi giurista. I casi in cui, pacificamente, per le più varie ragioni, i concetti giuridici assumono contorni diversi rispetto a quelli impiegati nel linguaggio ordinario o in altri linguaggi settoriali sono molto frequenti. Come scrive Bice Mortara Garavelli [2001, p. 11], "[è] l'atto (o, se si preferisce, il gioco) linguistico del "ridefinire" il principale responsabile della condizione tipica del linguaggio giuridico: il riuso specialistico di termini del linguaggio ordinario". Non è escluso che a determinati effetti giuridici, il diritto faccia proprie le classificazioni scientifiche, ma in altri casi, anche per ragioni connesse al principio di legalità, preferisce classificazioni del linguaggio comune o classificazioni che non trovano altro riscontro se non nei testi di legge. Facciamo qualche esempio.

Primo caso: *Nix v. Hedden*, caso statunitense del 1893. Una legge federale, il *Tariff Act* del 3 marzo 1883, stabilisce l'applicazione di un dazio del 10 % per l'importazione di verdure ("vegetables"), ma non per l'importazione di frutti ("fruits"). Un importatore di pomodori dai Caraibi, John Nix, intenta causa contro Edward Hedden, l'ufficiale del porto di New York incaricato della riscossione dei dazi, sostenendo che quest'ultimo ha ingiustamente preteso il pagamento della tariffa del 10 % per l'importazione di pomodori, nonostante i pomodori siano frutti. Il giudice federale si esprime a favore di Hedden, ma Nix non si dà per vinto e porta il caso dinanzi alla Corte Suprema. Ma anche la Corte Suprema, all'unanimità, rigetta la domanda. Queste le parole del giudice Gray:

Botanicamente parlando, i pomodori sono il frutto di una pianta, come lo sono i peperoni, le zucchine, i fagioli e i piselli. Tuttavia, nel linguaggio comune delle persone, sia venditori che consumatori, quelle menzionate sono tutte verdure che si coltivano negli orti domestici e che, cotte o crude, sono servite per cena, come le patate, le carote, le pastinache, le rape, i cavolfiori, dentro, insieme o dopo la zuppa, il pesce o la carne che costituisce il piatto principale del pasto, e non, come generalmente i frutti, come dessert [Nix v. Hedden (149 US 304, 1893), traduzione mia¹⁷⁸].

Secondo caso, simile, sempre ottocentesco, sempre statunitense: *Maurice v. Judd*, del 1818¹⁷⁹. Una legge dello stato di New York subordina il commercio di olio di pesce a una particolare disciplina: tutto l'olio deve essere controllato ed etichettato da appositi ispettori prima di poter essere messo in commercio, pena una multa di venticinque dollari al barile a carico del commerciante. L'ispettore per l'olio di pesce James Maurice conviene in giudizio il rivenditore di olio di balena Samuel Judd, che si è sottratto all'ispezione e rifiuta di pagare la multa. Judd si difende dinanzi alla *Mayor's Court*, osservando che le balene non sono pesci e che pertanto l'olio di balena non è olio di pesce. A conforto

¹⁷⁸ Testo originale:

"Botanically speaking, tomatoes are the fruit of a vine, just as are cucumbers, squashes, beans, and peas. But in the common language of the people, whether sellers or consumers of provisions, all these are vegetables which are grown in kitchen gardens, and which, whether eaten cooked or raw, are, like potatoes, carrots, parsnips, turnips, beets, cauliflower, cabbage, celery, and lettuce, usually served at dinner in, with, or after the soup, fish, or meats which constitute the principal part of the repast, and not, like fruits generally, as dessert".

¹⁷⁹ Su *Maurice v. Judd* cfr. anche Burnett [2007]; Soames [2009]; Sainsbury, [2014]; Phillips [2014]; Asgeirsson [2016].

Un caso simile è prospettato in via ipotetica da Brian Leiter, in polemica con le tesi di Moore e Brink:

"Suppose the legislature prohibits the killing of "fish" within 100 miles of the coast, intending quite clearly (as the legislative history reveals) to protect whales, but not realizing that "fish" is a natural kind term that does not include whales within its extension. The new theory of reference tells us that the statute protects sea bass but not whales, yet surely a court that interpreted the statute as also protecting whales would not be making a mistake. Indeed, one might think the reverse is true: for a court not to protect whales would be to contravene the will of the legislature, and thus, indirectly, the will of the people" [Leiter, 2017, par. 5.3.].

della propria tesi, Judd presenta anche la deposizione di un esperto, l'eminente naturalista Samuel Latham Mitchill, il quale conferma: i cetacei sono mammiferi e non pesci. La corte tuttavia si esprime in senso contrario: l'espressione ricorre, nella disciplina applicabile, con un significato diverso rispetto a quello delle scienze biologiche, in base al quale è "pesce" ("fish") qualsiasi animale che vive nell'oceano¹⁸⁰.

Terzo caso: questa volta si tratta di una vertenza in materia penale, discussa dinanzi al *Bundesgerichtshof*, la Corte federale di giustizia tedesca, nel 2006 [BGH 1 StR 384/06]. Questi i fatti. L'accusa è riuscita a provare dinanzi al tribunale di primo grado, il *Landgericht*, che l'imputato ha acquistato al fine di rivenderli tra gli 8,0 ai 22,7 kg di sostanze allucinogene. I giudici hanno emesso una condanna a due anni e otto mesi di reclusione. La sentenza però è stata impugnata dalla difesa e riformata totalmente in grado d'appello. L'*Oberlandgericht* ha osservato che la legge penale invocata dal pubblico ministero proibisce unicamente il traffico di *piante* allucinogene, mentre dinanzi al giudice di prime cure è risultato che gli allucinogeni detenuti dall'imputato fossero *funghi*. Dal momento che i funghi non sono piante, secondo la corte, la sentenza di condanna ha violato l'articolo 1 del codice penale, che proibisce il ricorso all'analogia *in malam partem*, e l'articolo 103 comma 2 della costituzione federale, che prevede il principio di riserva di legge in materia penale. Il *Bundesgerichtshof* si trova così a decidere sull'impugnazione della sentenza di secondo grado proposta dal pubblico ministero e finisce per accoglierla. Secondo i giudici, il fatto che, nella tassonomia biologica, il regno delle piante sia distinto da quello dei funghi, non è dirimente, agli effetti giuridici. Il principio di riserva di legge in materia penale e il divieto di analogia che costituisce un suo corollario impediscono unicamente la condanna a comportamenti che nessun consociato avrebbe potuto ritenere rientranti nella descrizione del fatto tipico, mentre diversi indici testuali rendono plausibile che il legislatore nel parlare di piante allucinogene intendesse riferirsi anche ai funghi allucinogeni.

In breve, che un pomodoro sia o meno un frutto, che una balena sia o meno un pesce, che i funghi siano o meno assimilabili alle piante non sono problemi ai quali un esame accurato delle loro rispettive caratteristiche fisiche consente di dare una risposta univoca. La categorizzazione dipende sempre dai criteri di correttezza che presupponiamo che a loro volta dipendono dai fini ai quali la

¹⁸⁰ Questo uso della parola "fish" è attestato nell'inglese americano ottocentesco. In *Moby-Dick*, libro pubblicato circa trent'anni dopo questa vertenza, Melville descrive ancora la balena come "spouting fish with a horizontal tail" ("pesce che fa spruzzi dotato di una coda orizzontale").

categorizzazione è preordinata¹⁸¹. In contesti diversi, i parlanti possono essere interessati a categorizzare in modo differenziato stessi oggetti. La scienza biologica ha bisogno di una nozione di “frutto” che, per esempio, *renda vero* l’enunciato:

Un frutto è il risultato della maturazione di un fiore.

La gastronomia ha bisogno di una nozione di “frutto” che, per esempio, *renda vero* l’enunciato:

Secondo il galateo tradizionale, il pasto può concludersi con un dolce o con un frutto, e, nel caso siano serviti entrambi, il dolce deve essere servito prima del frutto.

La categoria a cui la parola “frutto” allude nei due contesti è differente perché gli interessi delle persone che si servono della parola in ambito biologico e in ambito gastronomico sono diversi¹⁸². L’appartenenza del pomodoro alla categoria dei “frutti” non dipende solo dalla struttura fisica del pomodoro ma anche degli interessi perseguiti e dai criteri di categorizzazione adottati dai parlanti. Più in generale, che un determinato oggetto debba essere caratterizzato in un certo modo dipende non tanto dall’oggetto stesso o dal paradigma con cui l’oggetto condivide una natura profonda, quanto dagli interessi in vista dei quali è compiuta la categorizzazione.

Il linguista Michele Cortellazzo [1994, p. 9], in un libro dedicato ai linguaggi settoriali, che lui chiama, rifacendosi a Saussure, “lingue speciali”, osserva che il lessico di ogni settore del sapere si caratterizza per “esigenze di denominazione” proprie, spesso “più estese o più raffinate di quelle rappresentate, per quel settore, dalla lingua comune”. Queste esigenze tipicamente impongono l’introduzione nella lingua speciale di parole nuove, ma altre volte più semplicemente richiedono il riutilizzo specialistico di parole comuni. In questo modo, stesse parole, in settori diversi, caratterizzati da bisogni lessicali differenziati, finiscono per assumere significati diversi. Questo è un dato che un giudice deve tenere a mente nel momento in cui interagisce con gli esperti: nel momento in cui

¹⁸¹ Traggio i tre casi qui discussi da Montiel e Ramírez [2010], Ramírez [2015a; 2015b] e Moreso [2010; 2015]. Moreso [2015, pp. 275-279] li considera esempi di finzioni giuridiche: casi in cui il diritto obbliga il giudice a trattare come vere proposizioni pacificamente false [Del Mar, 2015, p. xx-xv], come “i pomodori non sono frutti”, “le balene sono pesci”, “i funghi sono piante”. Io trovo più plausibile che gli enunciati “i pomodori non sono frutti”, “le balene sono pesci”, “i funghi sono piante” non esprimano le medesime proposizioni nel linguaggio biologico e in quello giuridico, bensì proposizioni diverse in virtù del diverso significato associato alle parole “frutto”, “pesce” e “pianta”. Sul carattere *interest-relative* dei concetti tassonomici adottati in biologia e una discussione del caso delle balene v. Taylor [2019].

¹⁸² I concetti sottesi alla parola nei due contesti sono diversi perché diversa è la loro funzione inferenziale. Sui concetti come genere funzionale cfr. Lalumera [2009, p. 11].

interpreta e applica il diritto, è *suo* compito quello di definire i criteri di categorizzazione sottesi a un determinato termine che *per il diritto* sono legittimi.

Il fatto che sul piano sociolinguistico possano essere rilevate *esigenze lessicali* da un certo punto di vista dà ragione all'intuizione esternista. C'è un senso in cui la struttura del mondo *richiede* al parlante di assegnare a certe parole certi significati. Tuttavia, queste esigenze non possono essere individuate se non in base agli specifici interessi e scopi di categorizzazione che la pratica linguistica in cui il termine è utilizzato si propone¹⁸³.

4. Obiezioni e contro-obiezioni

Vediamo ora di tirare le fila del discorso fatto fino a questo momento. Ho sostenuto che una questione di diritto è una domanda circa la correttezza di un giudizio condizionale del tipo *Se p, allora q*. Come ho già detto, non voglio prendere alcuna posizione sostanziale riguardo ai criteri che il giudice deve adottare nell'identificare o interpretare le disposizioni giuridiche e quindi per verificare la correttezza di un simile giudizio. Mi limito ad assumere che il risultato di qualsiasi metodo di identificazione del diritto il giudice ritenga adeguato sarà questo: un contenuto mentale con la struttura *Se p, allora q*. Dire che è responsabilità del giudice risolvere questioni di diritto significa che è sua responsabilità formulare questo tipo di giudizi condizionali. Da questo si deduce che è responsabilità del giudice anche identificare con precisione l'identità di *p*, ossia la proposizione che, se vera, innesca la conseguenza giuridica *q*.

I concetti giuridici di cui il giudice si deve servire per formulare *p* e i concetti ordinari o tecnici di cui il giudice con l'aiuto di testimoni ed esperti si serve per ricostruire i fatti sottoposti al suo giudizio, anche quando sono associati a medesime parole, hanno spesso criteri differenziati per l'identificazione del loro riferimento. Il caso dei funghi allucinogeni è emblematico. Il giudice ha bisogno del concetto biologico di fungo per riconoscere le sostanze di cui l'imputato è stato trovato in possesso come psicoattive. Più precisamente ha bisogno di riconoscere il corpo del reato come *Psilocybe cubensis*, fungo basidiomicete della famiglia delle *Strophariaceae*, per poter concludere che la sua coltivazione consente di fabbricare la sostanza psicoattiva allucinogena nota come *psilocibina*. Allo stesso tempo si sente libero di considerare irrilevante la classificazione scientifica, nel momento in cui dai fatti provati ricava il fatto giuridicamente rilevante, concludendo che lo *Psilocybe cubensis* ai fini del diritto penale tedesco è una "*pianta allucinogena*". Una volta accertati

¹⁸³ Un interessante contributo sulla sistematica diversità dei criteri di segmentazione della realtà adottati dal diritto e da altre discipline si trova in Wahlberg [2010 e 2017].

i fatti soggetti al suo giudizio, cioè, spetta al giudice ridescriverli servendosi di concetti giuridici in modo da individuare linguisticamente il fatto che rende vera la proposizione che ai fini giuridici è rilevante: quel *p* che figura nel giudizio di diritto *Se p, allora q*.

Nei capitoli precedenti ho dato per scontato che il modo in cui i contenuti linguistici e mentali individuano il loro riferimento sia un insieme di criteri, una *check-list* di condizioni che è lo stesso soggetto, in base ai suoi interessi, a seconda dei casi giuridici o tecnici, a determinare. A prima vista, una simile concezione dei contenuti linguistici e mentali sembra in netta collisione con quella che dopo Kripke e Putnam è diventata la teoria semantica *mainstream* in filosofia del linguaggio: l'esternismo semantico. Lo scopo di questo capitolo è quello di difendere l'impostazione della mia tesi da argomenti di tipo esternista. Ho presentato un esperimento mentale modellato su quello di Putnam e alcuni casi giurisprudenziali per evidenziare l'esigenza di adottare una teoria del significato che dia conto della peculiarità dei concetti giuridici. In particolare, è importante che la teoria del significato che presupponiamo dia conto del fatto che i concetti giuridici possono essere associati a termini che nel linguaggio comune o in linguaggi tecnici sono associati a concetti diversi.

4.1. Un'esternismo di paglia?

All'inizio di questo capitolo, ho detto che il compito che mi propongo è quello di mostrare che l'esternismo semantico *non costituisce una minaccia* per l'impianto teorico che abbiamo finora sviluppato. Nel dire questo sono stato ambiguo perché è chiaro che ci sono due ragioni molto diverse per cui una tesi può *non costituire una minaccia* per un'altra: o la tesi in questione è facilmente confutabile o la tesi in questione è compatibile con la tesi che si vuole sostenere. Ovviamente, non ho la pretesa di dimostrare conclusivamente che l'esternismo semantico, una delle più influenti teorie mai sostenute nella filosofia del linguaggio¹⁸⁴, è falso. Non ho le competenze, né l'acume, né lo spazio tipografico per una simile impresa, sempre che si tratti di un'impresa che può essere compiuta. D'altro canto, non ho dato fino ad ora alcun argomento per dimostrare che l'esternismo sia compatibile con

¹⁸⁴ Un sondaggio condotto da David Bourget e David Chalmers suggerisce che attualmente siano più i filosofi esternisti rispetto ai filosofi internisti. Alla domanda "Mental content: externalism or internalism?" il 51.1% degli intervistati ha optato per "externalism", solo il 20.0% per "internalism" e il 28.9% per "other". Alla domanda "Proper names: Fregean or Millian?", il 34.5% ha optato per "Millian", il 28.7% per "Fregean" e il 36.8% per "other" [Bourget e Chalmers, 2014, pp. 496-500].

la distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto che ho proposto. Al contrario, ho mostrato che c'è una almeno apparente incompatibilità tra il mio approccio e le tesi di Putnam e Kripke.

Mi si potrebbe dunque obiettare che con l'esperimento della Terra gemella non ho né abbattuto il mio bersaglio polemico, l'esternismo, né mostrato la sua compatibilità con quanto sostengo. In realtà però ciò che intendo fare – e ormai credo di avere già fatto – è solo dimostrare che *una certa interpretazione*, forse caricaturale ed estremistica dell'esternismo, è incompatibile con quanto ho detto e va incontro a obiezioni fatali, mentre versioni più sofisticate dell'esternismo, che sappiano dar conto di queste obiezioni, non sono in contrasto con l'impostazione teorica della mia analisi e quindi con la divisione dei compiti che propongo tra giuristi ed esperti nell'ambito del processo. In altre parole, potrebbe sembrare che le obiezioni che ho finora proposto verso l'applicazione delle tesi di Putnam e Kripke incorrano in una sorta di fallacia dell'uomo di paglia, che siano dirette cioè a una interpretazione *naïve* dell'esternismo. Ma quello che voglio mostrare a questo punto è che versioni meno *naïves* sarebbero perfettamente compatibili con la mia tesi. C'è dunque un *esternismo moderato*, che non ho l'ambizione di confutare, compatibile con l'idea che i concetti giuridici abbiano una loro autonomia funzionale rispetto ai concetti tecnici di altre discipline e un *esternismo estremo*, incompatibile con quest'idea, che invece credo di aver confutato nei paragrafi precedenti, in particolare con l'esempio del processo nella Terra gemella.

Secondo l'esternismo, il riferimento di una parola, proferita o anche solo pensata, è individuato da relazioni oggettive tra cose nel mondo e non dai criteri che i parlanti adoperano nel proferirla o nel pensarla. Per esempio, un esternista direbbe che, anche se tutti associamo il termine “acqua” ad una certa descrizione (per esempio “sostanza, che, allo stato liquido si presenta incolore, insapore...”), tutti siamo disposti a rinunciare a questa descrizione nel momento in cui la scienza sia in grado di fornircene una migliore, sulla base di una conoscenza più profonda dei paradigmi di acqua che abbiamo in testa, ma le caratteristiche oggettive della categoria alla quale il paradigma risulta appartenere. Perciò, quando parliamo dell'acqua, o pensiamo all'acqua, ciò a cui in realtà intendiamo riferirci è *qualsiasi cosa* abbia la *stessa natura* di determinati paradigmi.

Una versione estrema dell'esternismo considera questo concetto di *stessa natura* unitario, assoluto ed oggettivo. Ad esempio, non sarebbe possibile parlare di un concetto *chimico* di acqua distinto da un concetto *contrattuale* di acqua, o di un concetto di frutto *valido per la biologia* e un concetto di frutto *valido nell'ambito delle pratiche doganali del porto di New York*. In base a questa versione

della tesi esternista, se dico “frutto”, l’individuazione del riferimento di “frutto”¹⁸⁵ non solo è indipendente dalle descrizioni imperfette che io posso fornire della categoria dei frutti, ma è indipendente anche dalla mia volontà di parlare di diritto doganale, di botanica o di cucina. Basta che abbia in mente qualche paradigma di frutto, perché il riferimento – senza l’intermediazione alcuna di criteri soggettivi – sia individuato. In base a questa tesi, la mera osservazione del paradigma dovrebbe permetterci di determinare i criteri *corretti* di individuazione della categoria alla quale il paradigma appartiene, senza che siano necessari *metacriteri* soggettivi e arbitrari che specifichino il particolare interesse classificatorio che il parlante presuppone per alludere a quel paradigma. La mia tesi è che almeno questa forma estrema di esternismo è falsa.

Con l’esperimento mentale del processo nella Terra gemella, credo di avere dimostrato che senza avere riguardo al particolare interesse col quale un concetto è utilizzato si rischia di fraintendere profondamente il modo in cui le parole sono effettivamente usate nel contesto giuridico. Esigenze legate al principio di certezza del diritto impongono, per esempio, di attenersi a un uso dei termini che non necessariamente coincide con quello scientifico. Se il giudice, scoperta la distinzione tra H₂O e XYZ, ignota ai contraenti al momento della stipulazione, attribuisse ad essa rilevanza giuridica, si comporterebbe in modo del tutto imprevedibile e infedele rispetto al reale contenuto negoziale. L’osservazione da parte dell’esperto di relazioni strutturali oggettive tra molecole non è sufficiente per determinare una loro classificazione giuridicamente rilevante.

Si potrebbero fare altri esempi. Come abbiamo visto, secondo Putnam, quando un parlante si riferisce a un genere naturale (per esempio l’acqua), intende riferirsi in maniera indicale alla *natura profonda* condivisa da alcuni paradigmi, presenti nell’ambiente in cui il parlante stesso si trova (il fiume vicino a casa, la pioggia che cade in autunno, eccetera...), senza che per questo egli debba avere in mente una definizione né del genere naturale né dei criteri che fissano ciò che conta come natura profonda. Il parlante si affida, per la fissazione del riferimento, alla “miglior teoria esplicativa” della struttura paradigma. Per cui, anche se *non sa* che l’acqua è H₂O, “acqua” nel suo stesso idioletto *significa* H₂O. Se diamo una lettura estrema di questa tesi, dobbiamo concludere che “miglior teoria esplicativa” della struttura paradigma non è la teoria che soddisfa i criteri di adeguatezza fissati o presupposti dal parlante, ma l’unica teoria *oggettivamente* migliore, la teoria che consente di dare una spiegazione scientifica della categoria a cui il paradigma appartiene. Questa lettura produce delle conseguenze assurde se la adottiamo nel contesto giuridico.

¹⁸⁵ Più precisamente: il riferimento di questa occorrenza di “frutto” nel mio idioletto.

In base a questa lettura estrema della tesi esternista, l'affermazione "Questa donna è una strega!" fatta da un perito interpellato in un processo per stregoneria nel medioevo dovrebbe poter essere interpretata come vera, nonostante le streghe (secondo la definizione presupposta dall'esperto in questione) non esistano. Il genere naturale "strega", infatti, rinvierebbe in modo indicale alla migliore teoria esplicativa delle proprietà superficialmente esibite dai paradigmi di "streghe" presupposti dai parlanti medievali. L'affermazione dunque potrebbe significare, poniamo, "questa donna è schizofrenica" ed essere, nel caso di specie, vera. È chiaro invece che la *ratio* del reato di stregoneria è ancorata alla teoria esplicativa (scientificamente errata) presupposta dal legislatore medievale: il legislatore vuole punire donne che entrano in contatto con il demonio, non donne, che essendo colpite da una forma di malattia mentale, credono falsamente di essere entrate in contatto con il demonio.

Non c'è motivo di ritenere che i termini di genere naturale nel momento in cui fanno ingresso in un testo di legge siano ancorati nel loro significato ad un genere naturale effettivamente esistente. Facciamo un altro esempio in proposito. L'articolo 13 della legge 40/2004 punisce il reato di clonazione umana. La norma non è mai stata applicata, perché nessun uomo è mai stato clonato. Se si scoprisse che la clonazione umana per ragioni biologiche non è possibile questo non avrebbe nessuna incidenza sulla nozione *giuridica* di clonazione umana. Questa è ancorata alle caratteristiche di un fenomeno biologico non reale, ma immaginabile, che, nel caso fosse possibile, avrebbe delle conseguenze etiche e sociali che il legislatore ha giudicato negativamente.

4.2. *Uso di nozioni tecnico-scientifiche da parte del legislatore*

Ma cosa accade se lo stesso legislatore specifica che la nozione giuridicamente rilevante coincide con quella tecnico-scientifica? Almeno in quel caso l'esternismo, in questa forma estrema, sarebbe compatibile con una ragionevole interpretazione del diritto? Credo di no, e lo si può vedere facendo un ultimo esempio.

Supponiamo che la Zecca sia obbligata per legge a comprare e vendere quantità illimitate di oro a prezzo fisso. Molti cittadini hanno fatto affidamento su questa norma per decidere come gestire i propri risparmi. Un bel giorno si diffonde la notizia che il metodo di identificazione dell'oro adottato dai chimici è stato rivoluzionato totalmente. I chimici si sono accorti che ciò che in base al vecchio test (test 1) veniva identificato come "oro" in realtà non è necessariamente oro. In base ad un nuovo, più sofisticato test (test 2), si scopre che nel 20% dei casi il vecchio test classificava come oro sostanze superficialmente simili all'oro, che chimicamente – assicurano gli esperti – *non sono oro*. Gli scienziati cominciano a chiamare queste diverse sostanze para-oro. La Zecca quindi comincia a rifiutare di cambiare in denaro il para-oro. Un gruppo di risparmiatori intenta una *class-action* contro

la Zecca, lamentando il fatto che il loro para-oro non sia stato convertito in denaro. Sostengono che non c'è alcun motivo per ancorare la nozione di oro al test 2, inesistente al momento in cui la norma era stata creata, mentre sarebbe corretto in base al principio di legalità considerare che la legge faccia riferimento a una nozione ampia di oro che include il para-oro e quindi considerare il test 1 l'unico rilevante dal punto di vista giuridico. Il giudice in questo caso non potrebbe limitarsi a deferire la questione a un chimico, ma dovrebbe con l'aiuto di un chimico (e probabilmente anche di un economista!) valutare le conseguenze giuridiche di applicare un test o l'altro. Poco importa che i parlamentari che hanno redatto la disposizione applicabile abbiano usato la parola "oro" in modo deferente verso la chimica. Questo non significa che questa stessa deferenza sia giustificata da parte del giudice.

4.3. Esternismo debole e catene di comunicazione kripkeane multiple

Se adottassimo l'esternismo semantico nella forma estrema cui prima alludevo, concluderemmo che una distinzione netta tra questioni di diritto e questioni di fatto come io le ho definite non può esistere e svaluteremmo l'importanza per il giudice di difendere la propria autonomia nella soluzione di questioni di diritto. Concluderemmo che non è possibile distinguere tra il problema della corrispondenza tra il contenuto del diritto valido e il contenuto mentale del giudice, da un lato, e il problema della corrispondenza tra il contenuto mentale del giudice e la realtà, dall'altro. Ricordate l'esperimento del processo nella Terra gemella. In base alla prospettiva esternista estrema, il concetto giuridico di acqua, intrattenuto dal giudice nel momento in cui interpreta il contratto, e il concetto tecnico di acqua, che consente ad un esperto di descrivere nel modo più accurato sotto il profilo esplicativo l'elemento chimico acqua, *sono lo stesso concetto*. Se i contraenti, il giudice e l'esperto associano i loro concetti di acqua ai medesimi paradigmi ciò dovrebbe essere di per sé garanzia che i loro concetti di acqua hanno la medesima estensione. L'estensione del concetto di acqua, in quest'ottica, non è vincolata al modo di rappresentarsi la categoria dell'acqua dei contraenti, del giudice e dell'esperto (dai loro diversi modi di presentazione dell'acqua, potremmo dire usando un'espressione fregeana). L'estensione del concetto dipende dalla natura profonda dei paradigmi che sia i contraenti, sia il giudice, sia l'esperto associano alla parola "acqua", che sono i medesimi. Nessun fraintendimento sarebbe mai possibile.

Le cose però non vanno così. Il fraintendimento nel contesto del processo è sempre possibile proprio perché ci sono tanti criteri che possiamo utilizzare per segmentare un medesimo spazio semantico. Un buon giudice deve esserne consapevole. Il giudice deve essere garante del fatto che i criteri adottati per identificare i fatti nell'ambito di un ragionamento giuridico siano quelli giuridicamente dovuti. Per svolgere questo compito il giudice deve saper distinguere due diversi strumenti e le loro rispettive

funzioni: i concetti più adeguati per verificare se p è vero e i concetti necessari per formulare p ossia la premessa in fatto della conseguenza giuridica q . Utilizzare il concetto tecnico per il compimento dell'inferenza giuridica sarebbe sbagliato, quanto lo sarebbe usare il concetto giuridico per compiere un'inferenza tecnica.

È possibile interpretare le opere di Putnam e Kripke in modo da evitare questo problema? In *The Meaning of 'Meaning'*, Putnam riconosce che è possibile che esistano due parole di due lingue diverse che i parlanti delle rispettive comunità linguistiche associano al medesimo paradigma e che ciononostante risultano associate a categorie differenziate di riferimenti¹⁸⁶ [Putnam, 1975, p. 178]. Se Putnam ammette che questo possa accadere, potrà forse anche ammettere che la natura profonda cui è associato un paradigma nel lessico giuridico possa essere diversa rispetto a quella cui è associato in un diverso dominio discorsivo. Un'interpretazione di questo tipo dell'esternismo sembra essere quella proposta da Nicos Stavropoulos. Stavropoulos, pur muovendo da una posizione dichiaratamente esternista, attacca Michael Moore sostenendo che, per esempio, il riferimento della parola "morte" in ambito giuridico può essere diverso da quello cui la parola allude nell'ambito della biologia. Moore ritiene che il riferimento delle parole in ambito giuridico non possa essere individuato secondo criteri puramente giuridici perché questo finirebbe per rendere il discorso giuridico relativistico, privo di criteri obiettivi per valutare il vero o il falso e immune ad ogni forma di "critica esterna". Stavropoulos replica:

La domanda se ci siano pratiche immuni a critiche "esterne" è fuorviante. È fuorviante ove sia interpretata per esempio come una domanda relativa a quale interpretazione di "morte" si debba adottare

¹⁸⁶ Un caso interessante è quello dei colori, riportato da Umberto Eco in un suo famoso saggio sulla traduzione:

"Il modo di distinguere, segmentare, organizzare i colori varia da cultura a cultura. Anche se sono state individuate alcune costanti transculturali, sembra per lo meno difficile tradurre tra lingue lontane nel tempo o di civiltà diverse i termini di colore, ed è stato osservato che il 'significato dei termini di colore è uno dei peggiori grovigli della storia della scienza'. [...] [A] quale esperienza sensoriale ci si riferisce pronunciando il nome di un colore? L'Optical Society of America classifica una quantità fra i 7,5 e i 10 milioni di colori che possono in teoria essere discriminati. Un artista allenato può discriminare e nominare moltissime tinte, che l'industria dei pigmenti fornisce e indica con dei numeri" [Eco, 2003, pp. 356-357].

Questo esempio mostra la contiguità di due diversi fenomeni: il fatto che i criteri di segmentazione dello stesso spazio semantico possano variare da lingua a lingua e il fatto che particolari discipline adottino di certi termini definizioni specialistiche parametrizzate a specifici scopi tecnici. Senza per questo dover sposare in toto l'ipotesi Sapir-Whorf sull'incommensurabilità delle lingue [Eco, 2003, pp. 37 ss.], possiamo riconoscere che lingue nazionali diverse così come lingue tecniche diverse possono adottare definizioni differenziate di oggetti simili in quanto concentrate su aspetti diversi della realtà.

nell'applicazione di un testo di legge, un'interpretazione "giuridica" o piuttosto un'interpretazione "scientifica". Ciò che in realtà quest'ultima domanda riguarda è se, nell'applicazione della legge, debba essere adottata una certa concezione di "morte" diversa da quella moderna, di solito quella prevalente nel momento in cui la legge fu redatta. La risposta alla domanda dipende dal fatto che la legge selezioni come proprio oggetto la morte o qualcos'altro. Se la legge si riferisce alla morte, allora la concezione moderna sarà applicabile non *al posto* della concezione giuridica, ma piuttosto perché è la concezione giuridica. Non si tratterà affatto di una concezione "esterna", ossia una concezione non propria del diritto. Al contrario, se la legge si riferisce a qualcosa d'altro, la concezione moderna di "morte" sarà inapplicabile, non perché quella vecchia debba essere preservata, ma perché è irrilevante [Stavropoulos, 1996, p. 182, traduzione mia¹⁸⁷].

Stavropoulos dunque ritiene che la prospettiva esternista sia compatibile con una certa autonomia del discorso giuridico, con l'idea cioè che il riferimento delle parole usate nel contesto legale possa essere diverso rispetto a quello che quelle stesse parole hanno in contesti diversi. In termini putnamiani, questa autonomia può essere giustificata immaginando che medesimi riferimenti possano essere dotati di *più nature profonde*. L'esternismo viene così indebolito: si tiene fermo il principio secondo cui il riferimento di un termine non è identificato in modo conclusivo da criteri presupposti dai parlanti, ma si ammette che questi criteri possano essere determinanti per la segmentazione concettuale entro cui il riferimento viene inserito.

Lo stesso discorso può essere tradotto in termini kripkeani. Adottando lo strumentario concettuale di Kripke, invece, una strategia per giustificare l'autonomia di diversi contesti discorsivi e dare conto di casi come quelli illustrati nel paragrafo precedente – i pomodori che ai fini giuridici non sono frutti, le balene che ai fini giuridici sono pesci, i funghi che ai fini giuridici sono piante – è quella di ipotizzare l'esistenza di catene di comunicazione differenziate a partire da un medesimo riferimento. Quest'ultima è la tesi sostenuta da Lorena Ramírez Ludeña [2015a, p. 179; 2015b, p. 75]. Con riferimento alla richiamata vertenza *Nix v. Hedden*, Ramírez sostiene che l'esternismo kripkeano non è compromesso con l'affermazione che il pomodoro è necessariamente un frutto a qualsiasi fine e in

¹⁸⁷ Testo originale:

"The question whether practices are immune to 'external' criticism is misleading. It is misleading in cases where, say, it is interpreted as the question whether the 'legal', rather than the 'scientific', understanding of 'death' applies to a statute. What this question really means is whether some particular conception of 'death', usually one prevalent when the statute was drafted, rather than the modern one, should apply. Answering this question turns on whether the statute picks out death, or something else. If it does, then the modern understanding is applicable not *in lieu* of the legal understanding, but rather because *it is* the legal understanding. No 'external' understanding is brought to bear, i.e. an understanding that is not law's own. Conversely, if the statute picks out something else, the modern understanding of 'death' is inapplicable, not because the old one should be protected, but because the modern understanding is irrelevant".

qualsiasi contesto discorsivo. Secondo Ramírez, Kripke non andrebbe contro il suo credo semantico se concedesse che la parola “frutto” può essere usata in modo da includere il pomodoro nell’ambito delle scienze biologiche e in modo da non includerlo nell’ambito della gastronomia o in quello delle prassi tributario-doganali del porto di New York. Ciò che importa per salvare la tesi esternista è che, anche se il riferimento della parola “frutto” è in parte fissato sulla base dei criteri prescelti dai parlanti che se ne servono, questi criteri non sono sufficienti.

Un’interpretazione così indebolita dell’esternismo è molto più difficile da confutare. Ma fortunatamente non è mio onere confutarla in questa sede dal momento che è compatibile con l’analisi che offro. Segnalo comunque incidentalmente che si tratta di un’interpretazione che non tutti gli esternisti accetterebbero. Sicuramente, nell’ambito degli autori che ho menzionato, Michael Moore la rifiuta¹⁸⁸. Per Moore, come abbiamo visto, non è pensabile che esista un concetto di morte *giuridico*, distinto da quello *biologico*. L’interpretazione di Moore di Putnam sembra presupporre che ci siano almeno alcune parole i cui riferimenti sono accomunati da una *natura profonda* del tutto indipendente dallo stato mentale del parlante e il cui significato dovrebbe essere inteso mediante un mero accertamento di fatto, a prescindere da ogni considerazione intenzionalistica relativa ai soggetti che se ne servono. Se optiamo per un’interpretazione indebolita invece dovremo concludere che, in Kripke, la catena causale è un percorso che è identificato da criteri *soggettivi* e, in Putnam, il concetto di natura profonda è *relativo*. Uno stesso oggetto o evento non è correlato ad un’unica catena di comunicazione kripkeana e non ha necessariamente una sola natura profonda putnamiana. Per esempio, la morte non ha un’unica natura: può essere che la parola “morte” sia ancorata da un parlante in un determinato contesto a criteri giuridici e in un altro a criteri biologici. La natura profonda di una cosa dipende da ciò che più profondamente ci interessa di quella cosa in un determinato contesto discorsivo.

Questa versione debole dell’esternismo va incontro ad un’obiezione diversa rispetto a quelle che abbiamo riservato alla versione forte. L’obiezione è che non si tratti affatto di una forma di esternismo. Se si accetta che il riferimento non è determinato unicamente dalla struttura – potenzialmente ignota ai parlanti – dei paradigmi, ma anche da criteri soggettivi che specificano le condizioni di adeguatezza della teoria esplicativa che deve essere applicata allora si cade nella teoria

¹⁸⁸ Con riferimento alla teoria di Stavropoulos, Moore dichiara che non rispetta le intuizioni di Kripke e Putnam e che si tratta di “a kind of deep conventionalist semantics at best” [Moore, 2016, p. 140].

(internista) sostenuta in forme diverse da Frank Jackson, David Chalmers e David Lewis che va sotto il nome di *bidimensionalismo semantico*¹⁸⁹.

Il bidimensionalismo semantico è una teoria internista (o – potremmo dire – quantomeno intermedia tra l'esternismo e l'internismo) che ammette che il riferimento possa essere fissato in modo analogo rispetto a come immaginano Putnam e Kripke, ma nega che questo modo sia “esterno” o indipendente da criteri soggettivi nel modo in cui loro lo intendono. David Lewis per esempio scrive:

Kripke e i suo alleati hanno confutato la teoria descrittivista del riferimento? [...] Non sono d'accordo. Ciò che hanno confutato in realtà è una versione di descrittivismo in cui il senso descrittivo sia associato a gesta famose o altre peculiarità distintive. Una versione migliore sopravvive all'attacco: il descrittivismo causale. Il senso descrittivo associato a un nome potrebbe essere per esempio *il luogo che ho sentito chiamare col nome “Taromeo”* o anche *la fonte causale di questo token: Taromeo*. Per una rappresentazione della relazione qui evocata, potete semplicemente rifarvi agli scritti dei sostenitori della teoria causale del riferimento [Lewis, 1997, p. 338, traduzione mia¹⁹⁰].

¹⁸⁹ Per una critica del bidimensionalismo da parte di un esternista cfr. Soames [2005; 2009, pp. 33-106]. Soames ha a propria volta contribuito al dibattito sull'applicabilità delle teorie esterniste al diritto, ma, a differenza di Stavropoulos e Ramirez, lo ha fatto difendendo una posizione esternista radicale, ben lontana dal bidimensionalismo. Per rendere compatibile il suo credo semantico con il contesto giuridico, però, Soames [2009, pp. 408-409] rinuncia a un'assunzione normalmente implicita nel dibattito giuridico sull'interpretazione: che il significato di una disposizione giuridica sia il risultato dell'interpretazione giuridicamente corretta della disposizione stessa. Soames ridefinisce ai suoi fini la nozione di “significato” di un testo di legge. Per esempio, discutendo proprio del caso *Nix v. Hedden*, sostiene che la decisione del giudice potrebbe essere corretta benché il pomodoro *rientri* nella categoria dei “frutti” in base al “significato” che la parola ha *nel testo di legge*. In altri termini, Soames fa propria la tesi esternista radicale ma solo con riferimento a una nozione tecnica di “significato” da lui stesso stipulata, che individua un'interpretazione formalistica e acontestuale dei termini usati nell'ambito giuridico. Soames fa infatti una distinzione tra “meaning of the law” e “content of the law”. A questo proposito si può ripetere quanto scrive Chomsky in polemica con Putnam e Kripke: “A good part of contemporary philosophy of language is concerned with analysing alleged relations between expressions and things, often exploring intuitions about the technical notions ‘denote’, ‘refer’, ‘true of’, etc., said to hold between expressions and something else. But there can be no intuitions about these notions, just as there can be none about ‘angular velocity’ or ‘protein’. These are technical terms of philosophical discourse with a stipulated sense that has no counterpart in ordinary language” [Chomsky, 1995, p. 24]. In questo caso, il significato di “significato” presupposto nell'analisi semantica di Soames non coincide con quello che ordinariamente i giuristi chiamano “significato della legge”: Soames parla del significato letterale. Si tratta però di un'accezione di “significato” di per sé giuridicamente irrilevante [Flanagan, 2010] e che non rileva nell'ambito di questo lavoro. Ciò che in questa sede ci interessa è il modo in cui i concetti *che compaiono in una proposizione che descrive un fatto giuridicamente rilevante* fissano il loro riferimento. Ma il “significato” degli enunciati cui allude Soames non individua una proposizione che descrive un fatto giuridicamente rilevante.

¹⁹⁰ Testo originale:

Kripke sosteneva che occorre postulare un battesimo iniziale e una catena causale per spiegare come la parola “Aristotele” si riferisce ad Aristotele, perché non è possibile individuare alcuna descrizione che spieghi come questo possa accadere. Per me Aristotele è semplicemente il filosofo che la mia professoressa di filosofia del liceo chiamava Aristotele e per lei il filosofo che il suo professore chiamava Aristotele e così via fino ad arrivare nell’antica Grecia. David Lewis accetta che possa esistere una simile catena causale, ma osserva che ciascun anello di questa catena è *una descrizione*¹⁹¹.

Secondo il bidimensionalismo, può capitare che le proprietà che individuano il riferimento di un termine possano essere *scoperte*, proprio come ritengono gli esternisti, soltanto attraverso un’indagine del mondo esterno. Tuttavia, in quei casi le condizioni di successo dell’indagine sono fissate da ciò che è nella mente dei parlanti. E pertanto anche in quei casi il riferimento dipende in ultima analisi dallo stato mentale dei parlanti. Ricordate l’esempio di Brink delle sostanze tossiche? Secondo Brink, il significato di “sostanza tossica” non è determinato da condizioni di applicazione note ai parlanti, ma da criteri chimici di tossicità che la maggior parte delle persone non conosce e che sono oggetto di indagine e scoperta scientifica. Un bidimensionalista risponderebbe che tutti sappiamo *che cosa significa* che una sostanza è tossica. Non dobbiamo affatto riferirci a criteri chimici di tossicità per saperlo. Una sostanza è tossica, più o meno, se quando entra in contatto con il nostro organismo ci dà dei problemi di salute. Che proprietà poi debba avere una sostanza per soddisfare queste condizioni, che tutti conoscono, dipende sia dalla chimica che dalla biologia umana. Ma non occorre conoscere quelle proprietà per sapere il significato di “sostanza tossica”.

Il bidimensionalista distingue tra il *contenuto nozionale* di “sostanza tossica”, ciò che ha in mente il parlante, prodotto di una convenzione da parte della comunità linguistica o di una stipulazione da parte del singolo parlante, e il *contenuto relazionale* ossia quel set di condizioni che – dato il mondo

“Did not Kripke and his allies refute the description theory of reference, at least for names of people and places? [...] I disagree. What was well and truly refuted was a version of descriptivism in which the descriptive senses were supposed to be a matter of famous deeds and other distinctive peculiarities. A better version survives the attack: *causal descriptivism*. The descriptive sense associated with a name might for instance be *the place I have heard of under the name “Taromeo”*, or maybe *the causal source of this token: Taromeo*, and for an account of the relation being invoked here, just consult the writings of causal theorists of reference”.

¹⁹¹ Secondo Martí: “Descriptivism, even old-fashioned descriptivism of the kind that Kripke and Donellan were arguing against can take the chain of communication on board. From a descriptivist standpoint, whoever bestows a name on an object does so by associating the name to a description” [Martí, 2015, pp. 77-78]. Ciò che distingue l’esternismo, secondo Martí, è piuttosto la tesi che i criteri considerati essenziali dal parlante per l’individuazione del riferimento possano essere oggettivamente scorretti.

in cui viviamo – una sostanza deve soddisfare per essere effettivamente “tossica” nel senso che i parlanti hanno in mente. Esistono Terre gemelle in cui il succo di pompelmo è tossico per gli umani: in quelle Terre gemelle, “sostanza tossica” ha il medesimo *contenuto nozionale*, ma un diverso *contenuto relazionale*.

L’analisi bidimensionalista dell’esperimento mentale della Terra gemella sarebbe press’a poco questa. Oscar₁ e Oscar₂ hanno un medesimo contenuto nozionale di “acqua” ma nei due pianeti questo contenuto nozionale è associato a un diverso contenuto relazionale¹⁹²: in un pianeta e nell’altro le caratteristiche di ciò che di fatto soddisfa il contenuto nozionale infatti sono diverse. Ma attenzione: il contenuto relazionale associato all’acqua nel nostro pianeta non è il set di condizioni che associamo ad “H₂O”. Il set di condizioni che associamo a “H₂O” è semplicemente *un altro* contenuto nozionale che contingentemente nel nostro pianeta ha la stessa estensione di “acqua”. Il contenuto relazionale di acqua dovrebbe essere la descrizione *esaustiva* delle caratteristiche della sostanza che il nostro contenuto nozionale di “acqua” individua *in questo mondo* e che non individuerrebbe *in nessun altro mondo*: una descrizione talmente accurata da identificare il suo riferimento in modo univoco, talmente semanticamente satura, che non sarebbe possibile immaginare una Terra gemella, che non coincida in toto con la nostra Terra, nella quale una sostanza soddisfi quella descrizione. Una Terra gemella nella quale una sostanza soddisfa quella descrizione sarebbe sempre la nostra buona vecchia Terra non gemella.

5. Concetti tecnici e concetti giuridici

Quanto detto può essere utile per mettere a fuoco con maggiore chiarezza la funzione classificatoria che concetti tecnici tratti da discipline diverse dal diritto possono avere nell’ambito di un ragionamento giuridico e per non confonderla con la funzione classificatoria che deve essere assegnata ai concetti giuridici. Un esperto di botanica probabilmente è in grado di definire con

¹⁹² In letteratura si trovano altre espressioni equivalenti a “contenuto nozionale” e “relazionale”. Le più comuni sono: “contenuto ristretto” ed “esteso” e “intensione primaria” e “secondaria”. Preferisco le espressioni “nozionale”/“relazionale” perché a mio modo di vedere aiutano più delle altre la comprensione: il contenuto relazionale è definito solo *in relazione* ad un certo mondo possibile, mentre quello nozionale è ancorato alla *nozione* che qualcuno ha di una certa categoria di oggetti. Per riferirsi al contenuto nozionale a volte si usano anche altre espressioni come “intensione primaria” o “ruolo concettuale” per sottolineare la sua importanza nella spiegazione del rapporto tra linguaggio e pensiero: per i bidimensionalisti, “[u]na parte, o un aspetto del significato è ‘nella testa’: è quell’aspetto che è alla base della capacità di un parlante di compiere inferenze a base semantica, e che determina il rapporto tra le sue credenze, i suoi desideri e le sue azioni; è stato chiamato ‘ruolo concettuale’, ‘significato ristretto’, ‘ruolo cognitivo’” [Marconi, 1999b, p. 120].

maggior precisione di una persona comune il concetto *botanicamente adeguato* di frutto. L'adeguatezza botanica del concetto sarà *relativa* alle proposizioni botaniche per esprimere le quali il concetto è stato elaborato. Per esempio, per esprimere correttamente la proposizione botanica secondo cui

Un frutto è il risultato della maturazione di un fiore.

è necessario assumere una definizione di "frutto" diversa rispetto a quella gastronomica. La constatazione che una certa definizione di "frutto" è adeguata per compiere giudizi in ambito botanico, però, non dice nulla, di per sé, circa la adeguatezza giuridica di quella definizione. In altri termini, l'adeguatezza del concetto è funzione della proposizione nella quale si intende impiegarlo. Le dispute concettuali che possono sorgere nelle diverse discipline sono sempre in fin dei conti dispute relative alla capacità del concetto di inserirsi in proposizioni vere e utili nell'ambito di quella disciplina.

Prendiamo l'esempio di Brink delle sostanze tossiche, modificandolo leggermente. Supponiamo che una certa legge, chiamiamola *Legge nazionale sull'industria*, preveda particolari cautele per l'impiego di "sostanze tossiche" in ambito produttivo e carcere a vita per chi non rispetti tali cautele. Supponiamo anche che i criteri di tossicità previsti dal diritto, in base alla definizione L di "sostanza tossica" contenuta nel testo di legge, siano tali da escludere la sostanza x che invece rientra nella definizione T adottata in ambito tecnico. Ora, non ha senso chiedersi *in assoluto* se L o T sia una *migliore* definizione di "sostanze tossica". T potrebbe essere una definizione migliore di L in ambito tossicologico perché T raggruppa in modo coerente tutte e sole le sostanze che raggiungono un certo livello di pericolosità per la salute umana, mentre L potrebbe essere costituita da un'accozzaglia incoerente di criteri che uniscono in modo promiscuo sostanze nocive e non nocive. La definizione L di "sostanze tossica" potrebbe non consentire di formulare alcun giudizio coerente in ambito tossicologico perché le sostanze comprese da L potrebbero essere sprovviste di proprietà comuni significative sul piano tossicologico. Ciononostante, L potrebbe continuare ad essere una migliore definizione giuridica. Se un produttore della sostanza x subisse una condanna all'ergastolo per non avere adottato le cautele richieste dalla *Legge nazionale sull'industria*, benché x non rientri tra le sostanze considerate tossiche da tale legge, questo chiaramente rappresenterebbe una grave violazione del principio di riserva di legge in materia penale.

Il fatto che le parole utilizzate in ambito giuridico godano, in virtù del contesto d'uso, di una potenziale autonomia semantica non significa ovviamente che il loro significato non possa anche

coincidere in molti casi con il significato esse assumono nel linguaggio ordinario o in linguaggi tecnici, o dipendere da esso in modo sostanziale. Ciò che importa è che questa coincidenza o dipendenza non può essere data per scontata ma va valutata anch'essa in base a considerazioni giuridiche. In un caso come quello ipotizzato, il giudice potrebbe considerare giuridicamente inadeguate sia T sia L. Potrebbe rifiutare T, ritenendo che sia contrario al principio di legalità far rientrare nella nozione penalmente rilevante di sostanza tossica anche sostanze che prima della commissione del fatto non erano qualificate espressamente come tossiche dalla legge. E potrebbe rifiutare L ritenendo contrario al principio di offensività far rientrare nella nozione penalmente rilevante di sostanza tossica anche sostanze non nocive¹⁹³. Sulla base di questi presupposti, il giudice probabilmente considererebbe giuridicamente adeguata una terza definizione D che individua come tossiche tutte e sole le sostanze che rientrino sia in L che in T. In questo caso, il tecnico avrebbe un ruolo molto rilevante nel riconoscimento di x come un'istanza di D, ma questo riconoscimento verrebbe comunque condotto sulla base di *criteri forniti dal giudice*. L'intervento dell'esperto sarebbe pur sempre limitato alla soluzione della questione di fatto.

Ci sono infatti due tipi di questioni di fatto che un giudice può deferire all'esperto. Potremmo chiamarle *questioni di fatto particolari* e *questioni di fatto generali*. Quanto detto sul bidimensionalismo semantico ci può aiutare a distinguere le questioni di fatto generali, come quella relativa all'identificazione dell'estensione di D, dalle questioni di diritto, come quella relativa all'identificazione dell'intensione di D. Un giudice potrebbe chiedere ad un esperto di determinare se Tizio ha prodotto una sostanza che rispetti un certo contenuto nozionale, giuridicamente rilevante, di "sostanza tossica" (*questione di fatto particolare*). Però gli potrebbe anche chiedere di dare una descrizione diversa di quello stesso contenuto nozionale che si avvicini il più possibile al contenuto relazionale (*questione di fatto generale*)¹⁹⁴. Potrebbe dire:

Esperto, hai dato prova di aver compreso la nozione giuridicamente rilevante di "sostanza tossica". Tale nozione D si ricava identificando le sostanze che rientrano sia nella definizione scientifica T sia nella

¹⁹³ Sul principio di offensività come criterio ermeneutico in ambito penale v. Manes [2005, p. 242].

¹⁹⁴ Una distinzione simile a quella tra questioni di fatto particolari e generali è costituita dalla distinzione che in *common law* si delinea tra "adjudicative" e "legislative facts". Nance definisce questi ultimi nel modo seguente:

"Courts sometimes must assess a different category of facts, so-called legislative facts, facts that are pertinent to determining the content of the legal rules (whether substantive or procedural) that are to be applied in the litigation. For example, if a court is choosing between two possible common-law rules (or two possible interpretations of a statutory rule), one factual matter that it might consider is a comparison of the consequences that can be expected to flow from one or the other rule candidate" [Nance, 2016, p. 2].

definizione L prevista dal legislatore nella *Legge nazionale sull'Industria*, ossia le sostanze che [omissis]. A questo punto, ti chiedo di fornirmi una relazione peritale che dia una descrizione il più possibile accurata delle sostanze che *di fatto* in natura soddisfano la descrizione D che ho fornito. Questo mi consentirà di comprendere se la sostanza che Tizio ha prodotto è tossica in senso giuridico, e quindi se Tizio deve essere condannato.

La descrizione del perito non sarà ovviamente il contenuto relazionale ma *un diverso contenuto nozionale*, con proprietà inferenziali diverse rispetto al contenuto nozionale del giudice. Mentre il contenuto nozionale del giudice, il concetto giuridico, consente di compiere un'inferenza *de iure* (in particolare, nell'esempio, di inferire la responsabilità del produttore), il contenuto nozionale dell'esperto, il concetto tecnico, permetterà di compiere inferenze tecniche *de facto* (per esempio, la non nocività del molibdeno).

Ai nostri fini non è necessario entrare nei dettagli del dibattito tra esternisti e internisti, né determinare se esista una difendibile differenza tra il bidimensionalismo e forme deboli di esternismo come quelle adottate da Stavropoulos e Ramírez. L'insegnamento che dobbiamo trarre da questo capitolo è solo che le categorie entro le quali incaselliamo i fenomeni della realtà sono relative agli interessi e agli scopi della categorizzazione. La categorizzazione giuridica del mondo e quella scientifica possono essere entrambe utili nel contesto di un processo. La prima è necessaria per il compimento di giudizi *in iure* della forma *Se p, allora q*, la seconda può essere necessaria per il compimento di inferenze probatorie che a loro volta consentono il compimento del giudizio di fatto *p*. Confondere queste due forme di categorizzazione e i loro scopi è un errore, le cui conseguenze valuteremo nel quarto e ultimo capitolo.

CAPITOLO IV: LA DEFERENZA SEMANTICA NEL PROCESSO

Introduzione

Nel 1997 una giuria di Harris County, Texas, è chiamata a decidere se condannare all'ergastolo o alla pena capitale Duane Buck, un uomo afroamericano di trentaquattro anni. La sua responsabilità è già stata accertata. Buck è stato ritenuto colpevole di avere ucciso due persone, una delle quali era la sua fidanzata. Il compito della giuria ora è unicamente quello di determinare la pena. Tema centrale nel processo è la pericolosità dell'imputato. Il pubblico ministero sostiene che, se Buck venisse liberato, potrebbe uccidere di nuovo. Poiché nel caso di ergastolo, in base alla legge, sarebbe teoricamente possibile, dopo molti anni, una forma di liberazione condizionale (la cosiddetta *parole*), l'accusa insiste per la condanna a morte.

Uno degli argomenti chiave del pubblico ministero è tratto dalla deposizione di un *expert witness* della difesa, Walter Quijano, uno psicologo che aveva studiato i tassi di recidiva nel Texas.: “È triste a dirsi – aveva dichiarato Quijano alla Corte – ma le minoranze, ispanici e neri, sono sovra-rappresentate nel sistema di giustizia penale”¹⁹⁵. Nel corso della *cross examination*, il pubblico ministero torna su questa dichiarazione chiedendo allo psicologo di confermare che sia il sesso sia la razza di Buck rappresentino un indice di “pericolosità” dell'imputato, così come aveva indicato anche nella sua perizia scritta.

PUBBLICO MINISTERO: Lei ha determinato che il fattore sesso – che un uomo è più violento di una donna perché così stanno le cose – e il fattore razza, nera, aumentano la futura pericolosità per varie complesse ragioni. È corretto?

ESPERTO: Sì.

¹⁹⁵ Gli stralci delle deposizioni di Quijano riportati qui di seguito sono estrapolati dalla sentenza della Corte Suprema che annullerà il verdetto di morte a carico di Buck:

“‘It’s a sad commentary,’ he testified, ‘that minorities, Hispanics and black people, are over represented in the Criminal Justice System’” [Buck v. Davis, 580 U.S. _ (2017), p. 4].

“After opening cross-examination with a series of general questions, the prosecutor likewise turned to the report. She asked first about the statistical factors of past crimes and age, then questioned Dr. Quijano about the roles of sex and race: ‘You have determined that the sex factor, that a male is more violent than a female because that’s just the way it is, and that the race factor, black, increases the future dangerousness for various complicated reasons; is that correct?’ [...] Dr. Quijano replied, ‘Yes.’” [Buck v. Davis, 580 U.S. _ (2017), p. 5].

Buck, anche sulla base di questa deposizione, è condannato all'iniezione letale. Anni dopo, mentre Buck si trova ancora nel braccio della morte, l'*attorney general* del Texas John Cornyn scopre che, con deposizioni analoghe a questa, l'esperto Quijano aveva contribuito alla condanna a morte di sei persone afroamericane in quegli anni. Cornyn chiede e ottiene che questi casi siano riesaminati.

Le affermazioni di Quijano sono del tutto inaffidabili, oltre che venate di razzismo. Il fatto che le minoranze siano sovra-rappresentate nel sistema di giustizia penale è irrilevante. Il dato non dimostra che il fattore razziale sia indice di *futura pericolosità*, cioè che i neri in quanto tali abbiano più probabilità di *commettere nuovi reati* dei bianchi, ma solo che i neri hanno più probabilità di essere *condannati per nuovi reati* dei bianchi. C'è un indebito salto inferenziale nel suo discorso: il pericolo che viene diagnosticato è quello che il soggetto sia condannato, non quello che delinqua. La cosa è ben diversa, se si considera l'influenza che il pregiudizio razziale può avere sulle attività di polizia e sulle giurie. Inoltre, è evidente che la nozione di pericolosità rilevante per il diritto deve essere in qualche modo ancorata alla responsabilità individuale. Correlare, *ceteris paribus*, la semplice appartenenza etnica a un trattamento sanzionatorio più elevato è chiaramente una forma di discriminazione. Nel 2017 la Corte Suprema riapre il caso Buck e, dichiarando inammissibile la testimonianza di Quijano, ordina una nuova determinazione della pena. La pena di morte viene commutata in ergastolo con possibilità di liberazione nel 2035.

Il dibattito sul *bias* razziale nei giudizi di pericolosità (in processi come quello di Duane Buck ma anche procedimenti molto più ordinari come quelli per l'applicazione di misure cautelari) ha suscitato da tempo l'attenzione dell'opinione pubblica statunitense¹⁹⁶. Anche nell'ottica di assicurare maggiore imparzialità ed evitare decisioni arbitrarie, i giudici di ventiquattro stati hanno deciso di adottare dei sistemi automatizzati per la commisurazione del rischio di recidiva. Algoritmi che, sulla base di dati oggettivi e senza alcun intervento umano, determinino i fattori di rischio di nuove condanne. Questi sistemi di intelligenza artificiale hanno una capacità di calcolo molto maggiore di qualsiasi esperto umano e – sembrerebbe – non possono essere accusati di fare favoritismi a vantaggio di una categoria di imputati rispetto ad un'altra o di avere pregiudizi razziali.

Tuttavia, secondo alcuni, come la matematica Cathy O'Neil, l'impiego dell'intelligenza artificiale nei processi non ha affatto risolto il problema razziale nei giudizi di pericolosità. Anzi: per certi versi

¹⁹⁶ Sul punto v. il recente studio del *Washington Post* intitolato *There's Overwhelming Evidence That the Criminal-Justice System is Racist. Here's the Proof* [Balko, 2019]. Ma il tema è discusso da molto tempo. Cfr. per esempio Carroll e Mondrick [1976].

sembra averlo complicato. Il problema in questi giudizi non è tanto quello di determinare il metodo corretto per accertare la pericolosità, ma quello di mettersi d'accordo su cosa si intende per "pericolosità".

I nuovi modelli per il calcolo della recidiva sono modelli matematici complessi. Ma nascosta all'interno di essi c'è una miriade di assunzioni, e anche di pregiudizi. E mentre le parole di Walter Quijano erano agli atti, atti che poterono poi essere letti ed impugnati in giudizio, i meccanismi di questi modelli sono nascosti in algoritmi, intelligibili solo ad una ristretta élite.

Uno dei modelli più utilizzati, noto come LSI-R, *Level of Service Inventory-Revised*, prevede un lungo questionario che il condannato deve compilare. [...] Dopo la compilazione del questionario, i detenuti sono categorizzati come ad alto, medio o basso rischio sulla base del numero di punti che accumulano. In alcuni stati, come Rhode Island, i detenuti sono individuati solo per poterli inserire in programmi anti-recidiva nel corso della loro detenzione. Ma in altri stati, tra cui il Colorado, i giudici usano i risultati per determinare l'entità della pena [O'Neil, 2016, pp. 26-28, traduzione mia¹⁹⁷].

Secondo O'Neil, l'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario crea un pericolo nuovo: quello dell'opacità della decisione. I modelli come l'LSI-R davano risultati non molto diversi rispetto a quelli che avrebbe potuto dare una deposizione del dottor Quijano, perché si basavano fortemente sui *criminal records*, i precedenti penali e di polizia, senza prevedere particolari correttivi. Questo aveva l'effetto di incorporare negli algoritmi i pregiudizi razziali della polizia o dei giudici di processi precedenti¹⁹⁸. L'algoritmo, cioè, non sbagliava nel correlare etnia e rischio di condanna, ma, secondo O'Neil, falliva nell'accertare il fatto veramente rilevante dal punto di vista processuale: la effettiva propensione a delinquere del singolo individuo. Il fatto che la risposta sia data da un meccanismo incomprensibile alla classe dei giuristi, anziché da un esperto in carne e ossa rende pericolosamente irricognoscibile l'effettiva domanda a cui l'algoritmo risponde: l'algoritmo non misura la pericolosità dell'individuo, ma solo la probabilità di una condanna, condanna che potrebbe essere anche dovuta

¹⁹⁷ Testo originale:

"The new recidivism models are complicated and mathematical. But embedded within these models are a host of assumptions, some of them prejudicial. And while Walter Quijano's words were transcribed for the record, which could later be read and challenged in court, the workings of a recidivism model are tucked away in algorithms, intelligible only to a tiny elite. One of the more popular models, known as LSI-R, or Level of Service Inventory-Revised, includes a lengthy questionnaire for the prisoner to fill out. [...] After answering the questionnaire, convicts are categorized as high, medium, and low risk on the basis of the number of points they accumulate. In some states, such as Rhode Island, these tests are used only to target those with high-risk scores for antirecidivism programs while incarcerated. But in others, including Idaho and Colorado, judges use the scores to guide their sentencing".

¹⁹⁸ Come osserva O'Neil, "if early 'involvement' with the police signals recidivism, poor people and racial minorities look far riskier" [2016, p. 27].

al razzismo dei soggetti coinvolti nel sistema giudiziario. Lo stesso indebito salto inferenziale che nella deposizione di Quijano è dovuto al suo razzismo o alla sua inaffidabilità, nel caso di impiego dell'algorithmo è dovuto all'incapacità del giudice di comprendere esattamente ciò che l'algorithmo misura.

In futuro è probabile che sistemi di intelligenza artificiale sostituiscano gli esperti in carne e ossa o si affianchino ad essi in modo rilevante nella soluzione di questioni di elevata complessità tecnica. Il pericolo che si intravede, però, è che, nonostante la maggiore efficacia statistica dei sistemi d'intelligenza artificiale, la loro sostanziale opacità rischi di generare un problema inedito, nel caso questi sistemi vengano impiegati in ambito giudiziario: il rischio di un particolare tipo di incontrollabilità delle decisioni che ad essi verranno delegate. Una incontrollabilità non solo epistemica, ma soprattutto semantica. Il problema non è tanto che l'algorithmo produca risultati sbagliati, quanto piuttosto che misuri cose diverse da ciò che noi vorremmo misurasse¹⁹⁹.

Ma si tratta davvero di un problema nuovo? Niente affatto. L'opacità è una caratteristica strutturale del rapporto tra esperti e non esperti [Mnookin, 2008]. Lo abbiamo visto nel secondo capitolo: la deferenza epistemica si giustifica in virtù della capacità degli esperti di compiere *inferenze tecniche*, cioè inferenze che i non esperti non sono in grado di compiere. Ma, generalmente, la capacità dell'esperto di compiere un'inferenza tecnica dipende dal fatto che l'esperto sia in grado di sussumere la realtà entro un determinato *concetto tecnico*, cioè un concetto che è espresso attraverso formulazioni linguistiche che il non esperto non è in grado di decifrare. In altre parole, la ragione per cui possiamo giustificatamente credere agli esperti (il fatto che essi siano in grado di compiere inferenze tecniche) è strettamente correlata alla ragione per la quale spesso non comprendiamo bene ciò che gli esperti ci dicono (il fatto che impieghino concetti tecnici).

Il rapporto tra un esperto e un non esperto può essere caratterizzato da due tipi di deferenza diversi. Da un lato c'è la *deferenza epistemica*: il non esperto condiziona il proprio impegno alla verità di una certa proposizione, all'identico impegno di un esperto. Per esempio, io, che non sono esperto di reumatologia, posso convincermi di avere l'artrite solo perché il mio medico mi ha riferito che io ho l'artrite. Dall'altro c'è la *deferenza semantica*: il non esperto individua il riferimento di un

¹⁹⁹ Cass Sunstein [2019], intervenuto di recente sul tema del bias razziale degli algoritmi usati in sede giudiziaria, osserva che gli algoritmi sono molto migliori degli esseri umani nel compiere valutazioni statistiche, il problema è programmarli nel modo corretto. Il problema del bias degli algoritmi non è insito nella tecnologia, ma negli umani che non sono in grado di comprenderli e programmarli adeguatamente.

determinato termine, o l'estensione di un determinato concetto, solo per il tramite di un esperto. Per esempio, dopo che mi è stata diagnosticata, io parlo e ragiono riguardo all'artrite, ma non ho accesso autonomo alla nozione di artrite: per me il l'artrite è solo ciò che un medico competente chiamerebbe "artrite".

Sosterrò che mentre, come abbiamo visto, il primo tipo di deferenza è inevitabile nell'ambito di un processo (convochiamo esperti a processo proprio perché vogliamo essere deferenti verso di loro in questo senso), il secondo tipo di deferenza può essere evitato e *deve* essere evitato in certi passaggi fondamentali di un ragionamento giuridico. La deferenza semantica del giudice, infatti, pone il rischio di sottrarre al dibattito giuridico il tema della rilevanza, non solo probatoria ma anche *giuridica*, del fatto accertato.

1. L'opacità del linguaggio degli esperti

1.1. Opacità e ragionamento probatorio

Vediamo anzitutto l'aspetto più semplice di questo tema: in che modo l'opacità delle conclusioni dell'esperto può ostacolare la corretta soluzione di questioni di fatto. Marina Gascón ha osservato che *anche quando l'esperto è affidabile* il suo intervento nel processo può risultare deleterio a causa del fenomeno che lei chiama *sopravalutazione semantica*:

Non è solo il dogma della infallibilità delle prove scientifiche che deve essere riconsiderato. Deve essere riconsiderata anche un'altra questione: quella che [...] ho chiamato "sopravalutazione semantica"; più concretamente, il fatto di considerare che i risultati delle prove [...] dicano cose diverse da quelle che in realtà dicono. Se la prova scientifica è stata introdotta nel processo, è perché si è dato per scontato, non solo il suo altissimo valore probatorio [...], ma anche che questi risultati parlino direttamente di ciò che si intende provare.

Si pensa in pratica che il risultato di una prova del DNA segnali direttamente la pertinenza o meno della traccia analizzata alla persona da cui proviene il campione di DNA con cui la traccia è messa a confronto (l'imputato di un processo penale ad esempio) [...]. In buona sostanza, si pensa che il risultato di una prova scientifica parli nei termini nei quali il giudice deve pronunciarsi [Gascón, 2013, p. 186, traduzione mia²⁰⁰].

²⁰⁰ Testo originale:

“[N]o es sólo el dogma de la infalibilidad de las pruebas científicas lo que debe ser revisado. También debe ser revisada otra cuestión: la que [...] llamé la “sobreevaluación semántica”; más concretamente, el hecho de considerar que los resultados de la prueba [...] dicen cosas distintas de las que en realidad dicen. Si la prueba científica ha sido entronizada en el proceso es porque se da por descontado no sólo el altísimo valor probatorio [...], sino también que éstos hablan directamente de aquello que se pretende probar. Se piensa, en concreto, que el resultado de una prueba de ADN señala

Se il preteso esperto è inaffidabile, è possibile che il ragionamento alla base della sua deposizione contenga delle informazioni false oppure un *non sequitur*, un salto logico come quello contenuto nella deposizione di Quijano. Ma se l'esperto è affidabile e, tuttavia, il giudice fraintende ciò che l'esperto dice, il risultato potrebbe non essere diverso. Il ragionamento probatorio è un percorso a tappe, fatto di tanti passaggi inferenziali. In casi come quelli descritti da Gascón, il giudice pensa di essere arrivato a destinazione (il DNA è quello dell'imputato) quando invece è ancora a metà strada (il DNA del campione 1 è lo stesso del campione 2). Non comprende fino a che punto del ragionamento l'esperto verso cui è deferente può portarlo, estende le affermazioni dell'esperto oltre i limiti di ciò che l'esperto intende dire e giunge così a conclusioni ingiustificate. Fin qui il problema è piuttosto banale.

1.2. Opacità e interpretazione

Nei casi descritti da Gascón, il fraintendimento delle parole dell'esperto induce il giudice a commettere degli errori nel ragionamento probatorio: se la perizia è incomprensibile, il giudice rischia di fraintenderla e di trarre da essa delle conclusioni ingiustificate in relazione alla questione di fatto. Ma, come vedremo, l'incomprensibilità del linguaggio tecnico usato nella prova per esperti può rappresentare un ostacolo anche per la corretta soluzione di questioni di diritto. Ciò accade quando il giudice non fraintende il linguaggio incomprensibile degli esperti, ma rinuncia a interpretarlo, delegando loro la sussunzione del fatto concreto nelle disposizioni di legge applicabili.

Secondo Damiano Canale, questa delega della sussunzione si verifica principalmente quando è il diritto stesso ad esprimersi con un linguaggio incomprensibile al giudice. Canale ha osservato che, oggi, gli esperti non hanno solo il ruolo di aiutare i giudici nell'accertare fatti, hanno acquistato anche un altro compito: quello di supplire alla loro incapacità di applicare ai fatti norme con un contenuto tecnico. Parla a questo proposito di *norme opache*. Una norma è opaca se viene applicata senza che il giudice ne comprenda o contribuisca a interpretarne il significato [2015, p. 103]. Quando il diritto è opaco, il sistema sociotecnico formato da giudice ed esperto finisce per funzionare proprio come l'algoritmo di un computer, un sistema puramente sintattico, non semantico, che manipola significanti anziché significati: il giudice e l'esperto, come un cervello elettronico, applicano il diritto senza in realtà interpretarlo.

directamente la pertenencia o no del vestigio analizado a la persona de la que procede la otra muestra de ADN con el que aquél se contrasta (el acusado en una causa penal por ejemplo) [...] Se piensa, en definitiva, que el resultado de una prueba científica habla en los términos en que el juez necesita pronunciarse”.

Per spiegare come questo fenomeno possa verificarsi, Canale ricorre ad una variante al famoso esperimento mentale inventato da John Searle, chiamato la *Chinese room* [Searle, 1980, pp. 417-418; 1986, pp. 29-31; 1989, p. 26]. La *Chinese room* è una metafora con la quale Searle vuole mostrare che un computer, capace di riprodurre gli output di una certa operazione cognitiva, non per questo svolge *davvero* quella operazione cognitiva. Pertanto, il fatto che un computer *sembri* essere intelligente non dimostra che *sia* intelligente nello stesso senso in cui lo sono degli esseri senzienti. Si tratta di un argomento classico contro l'idea di intelligenza artificiale in senso forte ("strong AI"), così chiamata per la prima volta da Searle stesso: l'idea che computer particolarmente sofisticati – che superino il cosiddetto test di Turing, cioè capaci di comportarsi in modo indistinguibile dagli esseri umani – siano per ciò solo delle macchine pensanti esattamente come sono pensanti gli esseri umani.

Searle immagina un computer capace di parlare cinese. Per ogni domanda formulabile in cinese, il programma caricato nel computer possiede una risposta, indistinguibile da quella che darebbe un parlante cinese competente. La domanda è: il computer comprende davvero il cinese o si limita a simularne la comprensione?²⁰¹ Per rispondere Searle ipotizza di trovarsi in una stanza con una versione cartacea del programma che consente al computer di parlare il cinese: un testo che associa a determinati input (per esempio "Ciao, come va?" in cinese) determinati output (per esempio "Tutto bene grazie, tu?" in cinese). Ogni volta che riceve da fuori dalla stanza un foglio con un certo ideogramma, pur senza capirlo, Searle può cercare nella versione cartacea del programma quell'ideogramma e rispondere. Il programma infatti associa a ogni domanda (incomprensibile a Searle) un risposta (altrettanto incomprensibile). Per tutte le domande in cinese che riceve, Searle può individuare risposte adeguate e consegnarle scritte su un foglio di carta al parlante cinese che si trova fuori dalla stanza. Dal momento che né Searle né tantomeno il lungo elenco stampato di ideogrammi comprendono il cinese, va escluso che un computer che esegue il programma in questione comprenda il cinese. Un computer può essere intelligente nello stesso senso in cui un libro può essere intelligente: è intelligente ai nostri occhi, se lo comprendiamo, ma non perché intrinsecamente dotato di coscienza.

²⁰¹ La domanda sentita oggi fa sorridere: tutti noi abbiamo nelle nostre tasche computer capaci di rispondere a comandi vocali in cinese come in ogni altra lingua. Non per questo pensiamo che i nostri telefoni siano dotati di coscienza. Il punto teorico sollevato però è ancora importante.

Dire il contrario rappresenterebbe una forma di animismo, al pari di postulare stati di coscienza nelle pietre o nel vento²⁰².

Nell'esempio di Canale [2015, p. 95], l'esperimento mentale del "giudice nella stanza degli esperti", il giudice si serve dell'esperto come l'uomo nella *Chinese room* si serve del libro che associa domande e risposte in cinese. Il giudice deve applicare una disposizione tecnica secondo cui un certo composto chimico XYZ è vietato. Il giudice, che non sa nulla di chimica, è chiamato a verificare se il Peridile, un prodotto sospettato di contenere XYZ, rientri nel campo di applicazione della norma. Allora si rivolge a un chimico che gli comunica che il Peridile contiene in effetti XYZ e conclude, sulla base della relazione tecnica fornita da quest'ultimo, che il Peridile è vietato. Dal momento che il giudice *non sa* che cos'è XYZ (né sa cos'è il Peridile) non si può dire che abbia *interpretato* il diritto. In casi come questi, il giudice delega la sussunzione all'esperto. Manipola significanti senza comprenderne i significati. Apprende dal legislatore che "XYZ è vietato" (ma non capisce fino in fondo la disposizione perché non sa cosa significa "XYZ"), apprende dall'esperto che "il Peridile è XYZ"; conclude per *modus ponens* che il Peridile è vietato. Simula la comprensione del diritto, come l'uomo della *Chinese room* simula la comprensione del cinese.

Perché tutto questo però dovrebbe essere un problema? Dopotutto, servendosi dell'esperto, il decisore incarna l'ideale illuminista di giudice bocca della legge: perfettamente terzo e imparziale, perfettamente fedele alla volontà espressa nel testo normativo, capace di applicare il diritto senza dover esprimere alcun giudizio discrezionale. Peraltro, l'omino nella *Chinese room*, se esegue correttamente il programma, realizza *esattamente gli stessi output* di un parlante cinese competente. Se le cose stanno così, perché il giudice dell'esempio di Canale non dovrebbe essere in grado di applicare la legge correttamente? Secondo Canale, il problema sta nel fatto che l'opacità della norma agli occhi del giudice gli impedisce di confrontarla con il resto dell'ordinamento e quindi di rilevare e risolvere tipici problemi interpretativi:

Questo problema ostacola l'esecuzione di una serie di attività intellettuali, di ragionamenti e di scelte pratiche normalmente svolte dal giudice, di fatto delegando la loro esecuzione a soggetti o organismi tecnici extra-giuridici.

Più precisamente, il giudice nella stanza degli esperti non può:

²⁰² Il tema della *Chinese room* è ancora molto discusso nell'ambito della filosofia della mente. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. Cole [2014].

- 1) ricavare da una medesima disposizione norme diverse da quelle il cui contenuto è determinato dagli esperti (l'opacità occulta l'ambiguità delle disposizioni normative);
- 2) stabilire se la norma si applichi a tutte le sotto-classi della fattispecie regolata (l'opacità occulta la generalità);
- 3) stabilire se la norma si applichi a tutte le situazioni che disciplina nei casi in cui tali situazioni sono molto eterogenee tra di loro (l'opacità occulta la genericità);
- 4) accertare se la norma il cui contenuto è individuato dagli esperti ammetta casi *borderline* (l'opacità occulta la vaghezza);
- 5) giustificare il contenuto ascrivito a una disposizione normativa sulla base di argomenti interpretativi diversi da quello dell'interpretazione tecnico-letterale;
- 6) ricorrere a concetti e distinzioni dottrinali per costruire norme implicite;
- 7) estendere analogicamente l'applicazione della norma a casi simili;
- 8) identificare l'insorgere di antinomie tra la norma opaca e altre norme appartenenti all'ordinamento;
- 9) evitare l'insorgere di lacune normative con riguardo a fattispecie contigue;
- 10) adeguare il contenuto delle norme ai principi dell'ordinamento [Canale, 2015, p. 105].

Nei prossimi paragrafi, vorrei offrire un'analisi complementare rispetto a quella fornita da Canale. Vorrei mostrare che il problema che Canale descrive sotto l'etichetta di opacità normativa può essere anche visto come una vera e propria fallacia da parte del giudice. Per fare questo, devo riprendere un argomento già toccato nel capitolo precedente: la divisione del lavoro linguistico.

2. La deferenza semantica

2.1. Che cos'è la deferenza semantica

A tutti noi capita di usare parole di cui non sapremmo dare una definizione precisa, parole come "artrite", "olmo", "faggio", "embrione", "colesterolo" e "nicotina". La maggior parte delle persone, per esempio, sa che la nicotina è una sostanza che si trova nelle sigarette e che dà dipendenza. Ma solo pochi sanno che la sua composizione è $C_{10}H_{14}N_2$ e ancora meno saprebbero riconoscerla allo stato puro dentro una provetta. Rispetto a parole come queste, la competenza semantica dei parlanti comuni è in un certo senso parassitaria rispetto a quella di una minoranza di parlanti esperti. Il parlante comune usa queste parole sulla base di criteri che solo in parte conosce, ma intende impegnarsi utilizzandole anche con riferimento a parametri a lui ignoti: il parlante comune usa la parola "x" con l'intento di indicare la stessa classe di oggetti che gli esperti indicano con "x" senza però conoscere pienamente i criteri attraverso i quali gli esperti riconoscono un oggetto come un'istanza di "x". Ciò accade non solo con parole difficili, ma anche con parole molto comuni come "acqua", "oro", "tigre", "cane" e "morte".

Supponiamo che Tizio stipuli un contratto in base al quale si impegna, a determinate condizioni, a corrispondere a Caio un chilo d'oro. Il contratto andrà interpretato, a norma dell'articolo 1362 del codice civile, sulla base del comune intento dei parlanti. Tuttavia, anche se né Tizio né Caio sono in grado di distinguere (né all'osservazione né in principio) un chilo di vero oro da un chilo di finto oro (un altro metallo non prezioso, superficialmente simile all'oro), ciò non vuol dire che, nell'idioletto dei parlanti e quindi ai fini dell'adempimento del contratto, tra il vero e il finto oro non ci sia differenza. Infatti, è assai plausibile che sia Tizio che Caio al momento della stipula intendessero dire che se Tizio corrisponderà a Caio una sostanza che secondo criteri *corretti* non è qualificabile come "oro", Tizio dovrà considerarsi inadempiente.

Il fenomeno sociolinguistico per il quale il significato di determinate parole è fatto dipendere dal parlante da criteri a lui stesso sconosciuti, ma riconosciuti come corretti da una comunità di parlanti più esperti – come abbiamo visto – prende il nome di *divisione del lavoro linguistico* ed è presentato da Hilary Putnam [1979, p. 227] come uno degli argomenti a favore della sua teoria esternista del significato. Putnam considera la divisione del lavoro linguistico come un fatto inevitabile, endemico e comunque fisiologico in qualsiasi società umana: maggiore è la nostra dipendenza epistemica e pratica da esperti, maggiore tende ad essere il numero di parole che utilizziamo in questo modo. In *The Meaning of "Meaning"*, introduce l'argomento quando confessa la sua incapacità di distinguere gli olmi dai faggi:

Immaginate di essere incapaci, come lo sono io, di distinguere un olmo da un faggio. Si può pur sempre dire che l'estensione di "olmo" nel mio idioletto sia la stessa che ha nell'idioletto di chiunque altro, ossia l'insieme di tutti gli olmi, e che l'insieme di tutti i faggi è l'estensione di "faggio" in *entrambi* i nostri idioletti. Perciò "olmo" nel mio idioletto ha un'estensione diversa da "faggio" nel vostro idioletto (così come dovrebbe essere). È plausibile che questa differenza nell'estensione sia dovuta a una differenza nei nostri concetti? Il mio concetto di olmo è esattamente identico al mio concetto di faggio (arrossisco nel confessarlo) [Putnam, 1979, p. 227, traduzione mia²⁰³].

²⁰³ Testo originale:

"Suppose you are like me and cannot tell an elm from a beech tree. We still say that the extension of 'elm' in my idiolect is the same as the extension of 'elm' in anyone else's, viz., the set of all elm trees, and that the set of all beech trees is the extension of 'beech' in both of our idiolects. Thus 'elm' in my idiolect has a different extension from 'beech' in your idiolect (as it should). Is it really credible that this difference in extension is brought about by some difference in our concepts? My concept of an elm tree is exactly the same as my concept of a beech tree (I blush to confess)".

Nonostante questa incapacità – sostiene – nel suo idioletto le parole “olmo” e “faggio” non hanno lo stesso significato: se Putnam dice a un giardiniere “Voglio che tu mi planti un olmo in giardino”, la pretesa che le sue parole esprimono è che ad essere piantato sia proprio un olmo e non un faggio. Eppure – dice Putnam – è inverosimile che questa diversa estensione sia determinata da una diversità tra il *mio* concetto di olmo e il *mio* concetto di faggio: infatti *io non so* quale sia la differenza tra questi due tipi di albero²⁰⁴.

Tyler Burge ha dato una spiegazione diversa del medesimo fenomeno. Secondo Burge [1979, p. 79], non solo il contenuto *dei nostri enunciati* dipende dall’ambiente in cui ci troviamo ma anche il contenuto *dei nostri pensieri*. Il fatto che una persona non sia in grado di distinguere olmi e faggi non significa che li sussuma in un unico concetto. Il parlante, pur non conoscendo la differenza tra i due tipi di albero, ha di essi due concetti distinti. Semplicemente, non è in grado di identificarne il riferimento in modo autonomo. Si affida agli esperti per la determinazione del riferimento dei suoi stessi pensieri. In breve, secondo Burge, non solo *parliamo*, ma addirittura *pensiamo* attraverso le parole degli esperti.

La divisione del lavoro linguistico, però, può essere spiegata anche a prescindere dall’adesione a tesi esterniste, come quelle di Putnam e Burge²⁰⁵, e può essere interessante al di fuori delle diatribe

²⁰⁴ Diego Marconi [1999a, p. 103] ha osservato che questo, come argomento contro l’idea che i concetti giochino un ruolo nella determinazione del riferimento, vale molto poco. A dirla tutta, sembrerebbe addirittura un argomento contraddittorio: da un lato, Putnam dice di sapere benissimo che gli olmi non sono faggi e i faggi non sono olmi, dall’altro sostiene di ricondurre gli olmi e i faggi allo stesso concetto. Ma se, per lo stesso Putnam, qualcosa per essere un olmo non può essere un “faggio” e viceversa per essere un faggio non può essere un “olmo” è chiaro che nel suo stesso idioletto esiste, tra i due tipi di albero, almeno questa differenza concettuale. Probabilmente anche per far fronte a questo problema che si incontra nel dare una spiegazione della divisione del lavoro linguistico in chiave esternista, Putnam successivamente aderirà alla diversa teoria di Tyler Burge. Sul punto, v. l’introduzione di Putnam a Pessin e Goldberg [1996].

²⁰⁵ Cfr. ad esempio, Chalmers [2002a, p. 617]. Supponiamo che io acquisisca il termine “artrite”, dopo che il mio medico mi diagnostica la condizione così denominata. Prima della diagnosi, non avevo mai sentito parlare di “artrite” e, dopo di essa, comincio a usare questa parola unicamente per indicare la condizione che il medico chiama così. La parola “artrite” nel mio idioletto avrà lo stesso significato rispetto alla parola “artrite” nell’idioletto del medico? Per un esternista, la risposta sarebbe affermativa. Un internista invece potrebbe dire che il significato della parola nell’idioletto di medico e paziente è lo stesso solo se per “significato” si intende ciò che Frege chiama il riferimento (in questo caso la malattia che la parola denota: sia nella bocca del medico sia nella bocca del paziente la parola “artrite” indica l’artrite), ma non è lo stesso se per “significato” si intende ciò che Frege chiama il senso (ossia il modo di presentazione del riferimento ai due diversi parlanti: il medico condiziona l’uso del termine alla presenza di particolari criteri diagnostici; il paziente a un

filosofiche tra internisti ed esternisti sulla nozione di significato di cui ci siamo occupati nel capitolo precedente. In particolare, ai nostri fini, lo studio della divisione del lavoro linguistico può essere interessante per valutare in che senso e in che misura il giudice debba *comprendere* le parole di un esperto per farne un uso corretto nell'ambito di un ragionamento giuridico.

Il rapporto di dipendenza del significato di una parola nell'idioletto di un parlante comune dal suo significato nell'idioletto di parlanti esperti è stato chiamato anche *deferenza semantica*²⁰⁶, espressione che, ai nostri fini, possiamo definire in questo modo:

Deferenza semantica. S è semanticamente deferente verso E nell'uso di w, se:

- 1) S si serve di w per riferirsi alla stessa classe di cose a cui E si riferisce servendosi di w;
- 2) S non conosce criteri fondamentali per identificare qualcosa come un'istanza di w.

In questa definizione, E può indicare uno o più soggetti assunti dal parlante come esperti nell'uso di un determinato termine; w indica il termine in questione. Alla base di questo modo di determinazione del riferimento sta l'impegno del parlante di sottostare a particolari regole semantiche pur non conoscendole.

2.2. Concetti tecnici e concetti deferenziali

Diego Marconi sostiene che la deferenza semantica è una manifestazione del carattere normativo della lingua. A questo proposito, osserva:

[L]a normatività del linguaggio non si riduce all'esistenza di una gerarchia di competenze; c'è anche il riconoscimento implicito, e spesso esplicito, della gerarchia da parte dei parlanti. Questo riconoscimento [...] sta alla base del nostro uso del linguaggio come veicolo per assumersi impegni nel senso di Brandom²⁰⁷. Quando un parlante adopera la parola "olmo", normalmente intende che le sue asserzioni siano

criterio essenzialmente metalinguistico). (Naturalmente uso qui i termini "senso" e "riferimento" solo per comodità, senza voler richiamare la teoria fregeana nel suo complesso. La teoria di Frege si occupa del significato che le parole hanno *oggettivamente* nel linguaggio, e non nei singoli idioletti dei parlanti. Non accetterebbe l'idea che il "senso" di un termine come lui lo intende possa variare in base all'identità del parlante).

²⁰⁶ L'espressione, introdotta da Burge, ricorre con minime varianti di significato in molti autori di filosofia del linguaggio, filosofia della mente e nelle scienze cognitive. A titolo esemplificativo: Fodor [1994]; Marconi [1999a; 2012]; Recanati [1997; 2000a; 2000b]; Chalmers [2003; 2012].

²⁰⁷ La nozione di impegno, *commitment* in inglese, in Brandom indica l'assunzione di responsabilità di un parlante nel compimento di un'affermazione. Nella prefazione al suo *Making it Explicit*, spiega il concetto in questo modo:

valutate sulla base degli standard d'uso prevalenti per le espressioni che impiega; se non è così, deve chiarirlo introducendo una precisazione del tipo “nel mio senso di ‘olmo’” [Marconi, 1999a, p. 155].

La deferenza semantica, dunque, è una nozione che non riguarda il significato letterale, convenzionale e pubblico delle parole quanto piuttosto il significato che le parole assumono in un particolare contesto d'uso. Più precisamente, riguarda un aspetto del coordinamento tra l'idioletto di parlanti specifici e le regole del linguaggio pubblico a cui questi intendono adeguarsi e serve per precisare le regole sottese a diversi tipi di asserzione²⁰⁸. Stessi termini sono usati in modo deferenziale o in modo tecnico da parlanti diversi della medesima comunità linguistica a seconda che si tratti di esperti oppure no. È, dunque, una nozione che riguarda la pragmatica – la branca della teoria del linguaggio che ne spiega l'uso differenziato da parte dei parlanti in contesti specifici – oltre che la semantica in senso stretto ed è rilevante anche per la filosofia della mente e la teoria dei concetti. Un termine è deferenziale quando è usato in un particolare contesto d'uso: da parlanti incompetenti che lo associano, anziché a un concetto tecnico, a un concetto deferenziale.

In un particolare contesto d'uso, il contenuto proposizionale di un atto linguistico è equivalente al contenuto dello stato mentale, o atteggiamento proposizionale, che ne costituisce la condizione di sincerità [Searle e Vanderveken, 1988, p. 124]. Consideriamo questo breve dialogo che prendo a prestito da Ruth Millikan:

ESPERTO: Andrò in Brasile quest'estate per studiare i monotremi.

NON ESPERTO: Che cosa sono i monotremi?

ESPERTO: Che cosa intendi per “monotremi”?

NON ESPERTO: Intendo quello che intendi tu, naturalmente.

“One of the central tenets of the account of linguistic practice put forward here is that the characteristic authority on which the role of assertions in communication depends is intelligible only against the background of a correlative responsibility to vindicate one's entitlement to the commitments such speech acts express. It is possible to secure entitlement to the commitments (assertional, inferential, and referential) implicit in an idiom without gainsaying the possibility of entitlement to a different one. But even such a modest justificatory project is of interest only to someone who both understands the commitments in question and has some reason to want to become entitled to talk in ways that presuppose them” [Brandom, 1994, p. xii].

In questo senso, comune anche a filosofi come Austin, Grice o Searle, per esempio, “impegnarsi alla verità di p”, significa assumersi la responsabilità di dire che p è vero.

²⁰⁸ La deferenza semantica perciò dovrebbe essere presa in considerazione per precisare la portata delle varie regole che Williamson indica come sottese a qualsiasi tipo di asserzione e in particolare quella che lui chiama la “knowledge rule”: “One must assert that P only if one knows that P” [Williamson, 1996, p. 494].

ESPERTO: Sai che cosa significa “monotremo”?

NON ESPERTO: No, è proprio per questo che te lo sto chiedendo.

ESPERTO: Allora non puoi intendere per “monotremo” quello che intendo io, perché *io so* che cosa vuol dire “monotremo” [Millikan, 2001, p. 153, traduzione mia²⁰⁹].

Questo scambio è paradossale perché l’esperto non sembra riconoscere una regola che invece dal punto di vista pragmatico è universalmente accettata: non è necessario conoscere del tutto il significato che una parola ha nel dizionario per potersene servire per formulare enunciati dotati di senso. Nel dialogo, la parola “monotremo” è usata dai due parlanti con il medesimo significato? Dipende: il significato è uno solo se per “significato” intendiamo la norma semantica che in un dizionario della lingua italiana correla la parola al suo riferimento; tuttavia, se per “significato” intendiamo il concetto associato al termine rispetto al quale il parlante *si impegna* in questo particolare contesto conversazionale (il cosiddetto *speaker’s meaning*) sembrerebbe di no. Nel dire “monotremo”, l’esperto si impegna a riferirsi alla classe di mammiferi ovipari di cui fa parte l’ornitorinco; il non esperto si impegna a riferirsi a qualsiasi cosa l’esperto chiami “monotremo”. Certo c’è un senso in cui i due dicendo “monotremo” *intendono la stessa cosa*, perché la parola nell’idioletto di entrambi parlanti ha il medesimo riferimento; ma c’è un altro senso in cui i due non intendono la stessa cosa, perché le occorrenze della parola sono associate a concetti diversi. Comprendere la differenza tra questi due tipi di intensioni è essenziale per capire il diverso impegno che le parole dell’esperto e del non esperto esprimono in questo specifico contesto conversazionale.

L’idea che stesse parole siano associate a concetti tecnici dagli esperti e a concetti deferenziali dai non esperti, espressa già in Fodor [1994, pp. 34-37; 1998, p. 77], è stata esplorata più nel dettaglio da François Recanati [2000a, p. 463; 2000b, p. 304] che spiega il meccanismo di fissazione del riferimento dei concetti deferenziali sul modello della teoria degli indicali di Kaplan. Nell’idioletto del parlante deferente, il termine acquisisce un riferimento in virtù di un meccanismo indiretto come se il parlante usasse la parola “x” col significato “la cosa che *quei tizi* chiamano ‘x’”. Nell’idioletto

²⁰⁹ Testo originale:

“Expert: I am going to spend the summer studying monotremes in Brazil.

Me: What are monotremes?

Expert: What do you mean, ‘monotremes’?

Me: I mean what *you* meant of course.

Expert: Do you know what ‘monotreme’ means?

Me: No, that’s why I’m asking.

Expert: Than you can’t have meant by ‘monotreme’ what I meant because I *do* know what ‘monotreme’ means”.

del parlante è riconoscibile lo stesso metodo di individuazione del riferimento che Kaplan riconosce negli indicali: il concetto che il parlante correla mentalmente al termine (il *carattere* in termini kaplaniani) sarà la funzione che dato il contesto di enunciazione (il parlante a cui si deferisce) consentirà di identificare il modo di presentazione del riferimento (il *contenuto*)²¹⁰. Per esempio, mentre per un cosmologo, l'espressione "buco nero" indica un concetto tecnico correlato a un insieme di altri concetti tecnici, come "spazio-tempo" o "campo gravitazionale", per un parlante non esperto l'espressione è associata a un concetto deferenziale: un concetto cioè la cui intensione rinvia all'uso linguistico degli esperti dell'espressione "buco nero" [Recanati 2000a, p. 456]. L'intenzione del parlante comune nel parlare di "buchi neri" è quella di riferirsi alle stesse entità fisiche che i cosmologi chiamano in questo modo, pur non conoscendo i criteri che sono alla base dell'uso specialistico dell'espressione. Il criterio fondamentale di individuazione del riferimento presupposto dal parlante comune è metalinguistico. Al contrario, chiunque si occupi professionalmente di buchi neri per condurre le proprie ricerche non potrà accontentarsi di criteri metalinguistici. Dovrà conoscere con precisione i criteri tecnici che pretendono di individuare il riferimento del suo campo di studio. Non solo: un cosmologo esperto (o chiunque si ritenga tale) potrebbe anche giudicare che sia opportuno riformare la definizione ricevuta di "buco nero" discostandosi dall'uso che ne sia stato fatto in passato. Potrebbe scoprire, così, che la definizione di "buco nero" per come è formulata nei manuali di cosmologia non si riferisce ad alcun fenomeno realmente esistente oppure che individua in modo generico fenomeni che dal punto di vista esplicativo sarebbe più utile distinguere. Potrebbe, perciò, nelle sue pubblicazioni o nell'ambito del suo gruppo di ricerca, conformare il proprio uso dell'espressione "buco nero" a una definizione nuova ed idiosincratica, necessaria per dare una migliore spiegazione dei fenomeni fisici per cui l'espressione era stata originariamente coniata e che in futuro, se la ricerca dovesse avere successo, potrebbe essere accettata come nuovo significato pubblico dell'espressione²¹¹.

²¹⁰ Recanati osserva anche che l'esperto verso cui si deferisce può essere a sua volta deferente, ma il termine acquista un riferimento solo se c'è qualcuno alla fine della catena deferenziale. Ex allievo di Lacan, descrive l'uso di alcune espressioni da parte dei lacaniani come un caso di deferenza a vuoto: tutti i lacaniani sono deferenti nell'uso di un determinato *dictum* di Lacan come "L'inconscio è strutturato come un linguaggio" o "Non c'è alcun rapporto sessuale", ma queste espressioni restano prive di significato nel loro idioletto perché non esiste esperto capace di determinare il riferimento delle parole che ricorrono in esse [Recanati, 1997, p. 84].

²¹¹ Nel suo *Trattato di semiotica generale*, Umberto Eco sostituisce alla tradizionale dicotomia tra giudizi analitici e sintetici la tricotomia tra giudizi semiotici, fattuali e metasemiotici. L'asserto metasemiotico esprimerebbe un giudizio che mira ad ottenere quello che Eco chiama un "mutamento di codice". Accettando questa distinzione, le ridefinizioni specialistiche compiute dagli esperti possono essere ascritte alla categoria degli asserti metasemiotici: "perché un asserto fattuale diventi semiotico, occorre che esso assuma la forma di un asserto metasemiotico [...]. Per labile che sia il codice,

Usando il lessico fregeano e semplificando un po', si può dire che il concetto tecnico e il concetto deferenziale che gli corrisponde siano due sensi che insistono su un medesimo riferimento: due modi di presentazione del medesimo riferimento²¹². Mentre il concetto tecnico è definito in modo tale da consentire a chi lo possiede di identificare in modo autonomo il suo riferimento, il concetto deferenziale è definito in modo metalinguistico.

Verosimilmente, più in una comunità linguistica aumentano le credenze che la persona comune accetta per il solo fatto di averle acquisite da esperti, più tende ad aumentare il numero di parole che esperti e non esperti associano a criteri d'uso differenziati: criteri tecnici per la minoranza di esperti che si servono del termine per elaborare e raccogliere nuove informazioni e spesso criteri deferenziali per la maggioranza di parlanti comuni che di quelle informazioni sono meri consumatori. Il diverso

l'asserto metasemiotico fissa la validità dei successivi asserti semiotici sino a che non sarà 'scalzato' da un altro asserto metasemiotico" [Eco, 1975, p. 169]. L'asserto fattuale che l'acqua è H₂O (giudizio relativo alla struttura fisica dell'acqua) può diventare un giudizio semiotico (giudizio relativo al significato di "acqua") solo grazie a un giudizio metasemiotico (giudizio che tende a riformare il significato di "acqua"). Come abbiamo visto, invece, in base alla teoria di Putnam [1975; 2013] sarebbe sbagliato dire che il significato di un termine scientifico cambia nel momento in cui gli scienziati progredendo nelle loro ricerche ne adottano una nuova definizione. A suo modo di vedere, infatti, quando un parlante si riferisce a un genere naturale, intende riferirsi in maniera indicale alla *natura profonda* condivisa da alcuni paradigmi, presenti nell'ambiente in cui il parlante stesso si trova, senza che per questo egli debba avere in mente una definizione né del genere naturale né dei criteri che fissano ciò che conta come natura.

²¹² Questo in realtà è un po' impreciso perché il lessico fregeano con la dicotomia senso-riferimento non distingue tra due sensi di "senso": ciò che Recanati, rifacendosi a Kaplan, chiama carattere e ciò che chiama contenuto. Richiamando quanto detto nel capitolo precedente parlando di bidimensionalismo, si potrebbe anche dire che il concetto tecnico e il concetto deferenziale hanno un diverso contenuto *nozionale o narrow content* e un medesimo contenuto *relazionale o wide content*: questi sono solo nomi diversi per ciò che Recanati e Kaplan chiamano rispettivamente carattere e contenuto. Come abbiamo visto, il contenuto nozionale o *narrow* di un concetto o un pensiero sarebbe determinato unicamente da proprietà intrinseche al soggetto che intrattiene quel concetto o quel pensiero; il contenuto relazionale o *wide* sarebbe determinato da proprietà estrinseche al soggetto. Per esempio, il contenuto nozionale o *narrow* del pensiero "qui piove" intrattenuto da Mario a Bologna il 14 maggio 2019 è "nel luogo in cui mi trovo adesso piove", mentre il contenuto relazionale o *wide* è "a Bologna il 14 maggio 2019 piove". Nello scenario controfattuale in cui Mario si trovasse a sua insaputa a Parma e non a Bologna, il contenuto nozionale del suo pensiero sarebbe il medesimo, mentre il contenuto relazionale sarebbe diverso. Sul tema, v. Sacchi [2013, pp. 251 ss.]. È opinione diffusa che ciò che rileva nella valutazione della correttezza del ragionamento e dei processi deliberativi sia il contenuto nozionale, non il contenuto relazionale. Sul punto, v. Chalmers [2003]. Questo spiega perché l'impiego di concetti deferenziali nel ragionamento implica restrizioni epistemiche che non si applicano ai corrispondenti concetti tecnici, nonostante il loro contenuto relazionale sia il medesimo.

modo di usare le parole da parte di esperti e non esperti sottende un diverso modo di pensare al loro riferimento e quindi di ragionare²¹³. Credo che la comprensione di questa differenza sia utile per spiegare alcuni aspetti del ragionamento giuridico del giudice che si serva di un esperto per accertare i fatti sottoposti al suo giudizio.

2.3. *Deferenza epistemica e deferenza semantica*

Il tema che intendo affrontare è quello della deferenza semantica del giudice. Che cosa accade quando un giudice, affidandosi ad una perizia per la soluzione di un caso, ricostruisce la premessa in fatto del proprio ragionamento con termini che non comprende nel loro significato tecnico e che associa a concetti semanticamente deferenziali? La tesi che tenterò di sostenere è che mentre l'impiego di questo tipo di concetti nella vita quotidiana spesso consente di arricchire le possibilità di ragionamento di un non esperto, il loro uso nell'ambito di un ragionamento giuridico, e in particolare nella rappresentazione della premessa in fatto in un processo a seguito dell'intervento di un perito o un consulente tecnico, costituisce una fallacia nonché una minaccia per il principio di legalità.

Come abbiamo visto nel primo capitolo, un grande tema filosofico alla base dell'impiego di esperti in ambito giudiziario è quello dell'alternativa tra deferenza ed educazione. Fino a che punto il giudice può *affidarsi* all'autorità degli esperti per prendere le sue decisioni? Questo dibattito però è viziato da un'ambiguità. "Affidarci all'autorità degli esperti" può significare due cose diverse: condizionare alla loro testimonianza il nostro impegno alla verità di proposizioni determinate (deferenza epistemica) o deferire loro anche la determinazione del contenuto proposizionale al quale ci impegniamo (deferenza semantica). Per comodità, richiamo qui le definizioni di deferenza epistemica e deferenza semantica perché il lettore possa confrontarle:

Deferenza epistemica. S è epistemicamente deferente verso T nell'affermare u, se condiziona il suo impegno alla verità della proposizione espressa da u alla credenza che T accetti la proposizione espressa da u come vera.

²¹³ La deferenza semantica è, però, un fenomeno che va tenuto distinto sia dalla semplice incompetenza linguistica sia dall'uso atecnico e vago di un termine suscettibile di una definizione specialistica più precisa. Se un bambino è incompetente nell'uso della parola "animale" perché la usa per indicare "qualsiasi essere animato peloso" fa un uso scorretto del termine, non un uso deferenziale. L'uso della parola "animale" da parte dei biologi sarà irrilevante per comprendere il riferimento della parola nell'idioletto di quel bambino.

Deferenza semantica. S è semanticamente deferente verso E nell'uso di w, se:

- 1) S si serve di w per riferirsi alla stessa classe di cose a cui E si riferisce servendosi di w;
- 2) S non conosce criteri fondamentali per identificare qualcosa come un'istanza di w.

Credo che distinguere tra queste due forme di deferenza sia utile per precisare i termini della discussione. Mentre la deferenza epistemica è, come abbiamo visto nel primo capitolo, una caratteristica ineliminabile del rapporto fisiologico tra giudici ed esperti (i giudici hanno bisogno di testimoni ed esperti nel processo proprio perché e solo a condizione che possano essere epistemicamente deferenti nei loro confronti), la deferenza semantica non lo è²¹⁴. L'impiego di concetti deferenziali nell'ambito di un ragionamento giuridico può anzi indurre il giudice a commettere errori di ragionamento che rischiano di minare l'integrità epistemica del processo.

Dobbiamo pretendere dai giudici che comprendano i risultati probatori presentati dagli esperti perché possano servirsene nel contesto di un processo? La mia tesi è che la risposta a questa domanda dipende da cosa intendiamo per "comprendere". È irragionevole richiedere ai giudici di conoscere sempre nel dettaglio le ragioni che portano l'esperto a dire che un determinato fatto si è verificato o che una determinata proposizione è vera. Ma è indispensabile esigere che i giudici comprendano il significato delle proposizioni che descrivono il fatto giuridicamente rilevante che in virtù della deposizione dell'esperto considereranno avvenuto. Se il giudice è semanticamente deferente nell'uso dei termini con cui per il tramite dell'esperto descrive il fatto concreto, non disporrà delle risorse concettuali necessarie per sussumere in modo autonomo il fatto nella norma da applicare. Delegando all'esperto il compito di determinare il riferimento di concetti chiave, il giudice perde il controllo sulla rilevanza giuridica del fatto provato. Se il riferimento dei termini utilizzati dall'esperto gli è incomprensibile, non sarà in grado di motivare la decisione dal punto di vista giuridico. In questo modo, la deferenza semantica del giudice rischia di far fuoriuscire importanti questioni di diritto dal circuito di legittimazione e controllo in cui dovrebbero essere trattate.

3. Due regole del discorso semanticamente deferenziale

3.1. L'obbligo di doppia deferenza

Prima di poter valutare le possibili conseguenze negative dell'impiego di concetti deferenziali nell'ambito di un ragionamento giuridico, occorre mettere in luce due regole generali che un parlante

²¹⁴ La contrapposizione tra deferenza epistemica e semantica è illustrata in De Brabanter [2006], De Brabanter et al.[2007], Stojanovic et al. [2005].

razionale dovrebbe rispettare nell'uso deferenziale di un termine. Possiamo chiamare la prima di queste due regole *obbligo di doppia deferenza*.

Obbligo di doppia deferenza. Se S è semanticamente deferente verso E nell'uso del termine w, S può razionalmente impegnarsi alla verità della proposizione espressa dall'enunciato u contenute w, solo se S è epistemicamente deferente verso E nell'affermare u.

In breve: la deferenza semantica, in un parlante razionale, presuppone la deferenza epistemica²¹⁵. Se uso un termine in modo semanticamente deferenziale verso un esperto o una comunità di esperti, per impegnarmi alla verità della proposizione espressa dall'enunciato contenente quel termine dovrò per forza affidarmi, con deferenza epistemica, alla testimonianza di quell'esperto o di un membro di quella comunità di esperti. Consideriamo la seguente proposizione:

So per certo di avere l'(artrite)_E anche se non so che cosa sia.

dove il simbolo (...) _E rappresenta quello che François Recanati [2000b, p. 270] chiama “operatore deferenziale” e sta qui ad indicare la deferenza semantica del parlante verso i medici nell'uso della parola “artrite”. È evidente che il parlante potrà dire qualcosa del genere senza essere considerato irrazionale solo se con il suo enunciato intende riportare il risultato di una diagnosi affidabile. La credenza che costituisce condizione di sincerità dell'atto linguistico avente il contenuto proposizionale indicato sarà razionale solo se è fondata sul parere di un medico competente sia dal

²¹⁵ Questo principio è stato formulato in termini simili, ma in una prospettiva radicalmente esternista, da Sanford Goldberg:

“[W]hat Putnam called the ‘division of linguistic labor’ is itself an essential component of the ‘epistemic division of labor,’ where this includes such phenomena as domain expertise as well as other forms of epistemic authority implicated in standard testimony cases. The picture is this: we find ourselves in need of relying on others for what we *know* about the world; but if we are to acquire knowledge in this way from the host of potential sources that make themselves and their knowledge available to us, we need a reliable way to recover the contents transmitted in speech; and since it is not the case that we all possess equal knowledge of the application conditions of the concepts that constitute the communicated contents, we find ourselves in need of relying on others in our speech community; only in this case, this reliance is manifested in our *semantic* deference to the relevant experts. In this way our epistemic reliance on others gives rise to the need to rely semantically on others as well; and given that the upshot of our epistemic reliance is the possibility of acquiring lots of knowledge ‘on the cheap’, our epistemic reliance *rationalizes* the sort of semantic deference on which the acquisition of such ‘knowledge on the cheap’ depends” [Goldberg, 2009, p. 594].

Sul rapporto tra deferenza epistemica e semantica cfr. anche Origgi [2005],

punto di vista semantico (perché sa a quali condizioni la parola si applica alla malattia che ne costituisce il riferimento) sia dal punto di vista epistemico (perché sa se la proposizione in cui il termine utilizzato è vera o falsa). Se cioè il paziente si basa sulla conoscenza del medico per determinare quali siano i criteri che fanno contare qualcosa come riferimento di “artrite” (deferenza semantica circa che cosa significa “artrite”) dovrà necessariamente basarsi sulla sua conoscenza anche per sapere se quei criteri in un caso concreto sono soddisfatti (deferenza epistemica circa il fatto di avere o meno l’artrite). Solo il collegamento con la deferenza epistemica consente al parlante di impegnarsi alla verità di un contenuto proposizionale espresso con deferenza semantica²¹⁶.

Il fatto che il parlante possa servirsi degli esperti non solo per determinare il riferimento dei termini che utilizza, ma anche la verità o falsità delle proposizioni a cui si impegna distingue la deferenza semantica dalla mera incompetenza linguistica. C’è un senso in cui il parlante deferente nell’uso di una parola non è incompetente. Pur non potendone individuare in modo autonomo il riferimento, può comunque essere capace di servirsene utilmente in molti contesti conversazionali, facendosi aiutare dagli esperti. Se la deferenza semantica equivalesse alla totale incompetenza linguistica, l’uso deferenziale di una parola sarebbe un comportamento linguistico insensato e completamente inutile. Al contrario, in una società complessa e altamente specializzata, la deferenza semantica può essere indispensabile per beneficiare delle competenze e servirsi delle informazioni che sono rese disponibili dagli esperti. Per esempio, pur non sapendo quali siano i criteri che fissano il riferimento di “artrite” posso, ottenuta la diagnosi, andare da un farmacista e chiedere un farmaco contro l’“artrite”, posso recarmi nel settore dell’ospedale dedicato alla cura dell’“artrite”, posso pretendere di ottenere delle

²¹⁶ Si potrebbe ritenere, come sembra ritenere Dan Sperber [1985, p. 50], che il parlante che si serve di un termine senza conoscere le sue corrette condizioni di applicazione non possa *davvero* credere nella verità di un enunciato in cui quel termine compare. Lo stato mentale che accompagna il proferimento dell’enunciato infatti non potrà essere relativo alla proposizione, e dunque alle condizioni di verità, che l’enunciato esprime. Se sento al telegiornale che la “stagflazione sta minacciando le economie dell’Occidente”, ma non ho idea di che cosa sia la stagflazione, lo stato mentale in cui mi troverò non potrà essere relativo alla proposizione che l’enunciato significa nella lingua italiana (esempio di Sperber). Non conoscendo le condizioni di verità dell’enunciato non si può dire che io, secondo la comune accezione di “credere”, lo creda vero. Infatti, lo stato mentale che acquisisco ascoltando il telegiornale non è, per Sperber, un atteggiamento proposizionale. François Recanati ha negato questa tesi [1997, p. 84; 2000b, p. 274]: anche le credenze con contenuto semanticamente deferenziale, che lui chiama “quasi-credenze” (“quasi-beliefs”), hanno un contenuto proposizionale. Si tratta però di un contenuto proposizionale individuato da condizioni di soddisfazione *diverse* da quelle che un parlante pienamente competente ascriverebbe all’enunciato. Anche la credenza che qualcosa chiamato “stagflazione” sta minacciando le economie dell’Occidente è un atteggiamento proposizionale, ma ha carattere metalinguistico: in esso il riferimento di “stagflazione” è individuato da un modo di presentazione deferenziale che rinvia al significato di “stagflazione” nell’idioletto degli esperti.

sovvenzioni statali previste per i lavoratori affetti da “artrite” e così via... Ciò che consente tutto questo è una stretta correlazione tra deferenza semantica e deferenza epistemica.

Rispetto alla portata di questa regola vanno fatte alcune precisazioni. Prima precisazione. L’obbligo di doppia deferenza opera solo in un senso. La deferenza semantica di un parlante ne presuppone la deferenza epistemica, ma la deferenza epistemica non necessariamente presuppone deferenza semantica. Anche se credo che Giulio Cesare sia stato accoltellato il 15 marzo del 44 a.C. solo perché l’ho letto in un libro di storia, e sono perciò epistemicamente deferente nel mio impegno alla verità della proposizione

Giulio Cesare è stato accoltellato il 15 marzo del 44 a.C..

questo non significa che io non sappia esattamente *che cosa significa* che Giulio Cesare è stato accoltellato il 15 marzo del 44 a.C.. Un giudice potrebbe convincersi del fatto che l’imputato Tizio abbia impugnato la pistola solo sulla base di una perizia di un esperto di impronte digitali. Il fatto che tale giudice affermi

Tizio ha impugnato la pistola.

solo in virtù di un argomento *ex auctoritate* non significa che egli sia privo di capacità referenziale nell’uso di alcuna delle parole che compaiono in tale enunciato (“Tizio”, “impugnato”, “pistola”).

Seconda precisazione. L’atto linguistico caratterizzato da doppia deferenza ha *condizioni di sincerità diverse* rispetto a quelle del corrispondente atto linguistico dell’esperto, apparentemente di identico contenuto. Il medico che dice:

Hai l’artrite!

pronuncia questa frase in modo sincero purché creda che ci sia un x tale che tu hai x e x è, in base alle sue conoscenze mediche, artrite²¹⁷. Il parlante semanticamente deferente nell’uso della parola

²¹⁷ Burge [1979, pp.77-79], da cui riprendo l’esempio della diagnosi medica, sostiene che il paziente che usa la parola “artrite” in modo deferenziale ha la credenza di avere *l’artrite*. In realtà, come osservano Donnellan [1993, p. 167] e Recanati [2000a, p. 457], sarebbe più accurato dire che sa di avere *una condizione chiamata “artrite”*: stato mentale con

“artrite”, invece, pronuncia questa identica frase in modo sincero purché creda che ci sia un x tale che tu hai x e x sia un’istanza di ciò che è chiamato “artrite” dai medici. Come abbiamo detto, usando il lessico di Frege, si potrebbe dire che “artrite” nell’idioletto del medico e “artrite” nell’idioletto del parlante deferente, pur avendo un medesimo *riferimento*, hanno un diverso *sens* o *modo di presentazione del riferimento*. Poiché la parola nell’uso esperto e nell’uso laico hanno comunque lo stesso riferimento, il parlante deferente riesce in molti casi a utilizzarla in modo efficace per comunicare e interagire con esperti.

Terza precisazione. La deferenza semantica è quasi sempre *parziale*. L’esigenza di essere epistemicamente deferente dipende dunque dal *grado* di deferenza semantica nell’uso del termine. Può essere che io sappia che la parola “artrite” è associata ad un gran numero di criteri definatori e che di questi criteri io ne conosca solo qualcuno. Quando uso la parola “artrite” esprimo la pretesa di impegnarmi anche rispetto ai criteri che non conosco e dunque per poterlo fare razionalmente a rigore dovrei essere anche epistemicamente deferente nei confronti di un soggetto che abbia piena capacità referenziale nell’uso del termine (per verificare se anche i criteri a me ignoti siano soddisfatti nell’ambito della proposizione rispetto alla quale mi sto impegnando). Tuttavia, più sono i criteri che conosco più sarò portato a utilizzare la parola in modo autonomo senza timore di sbagliare. Ciò naturalmente implica che la stessa relazione tra i due tipi di deferenza, semantica ed epistemica, deve essere descritta in termini gradualità. Maggiore è il grado di deferenza semantica nell’uso di un termine, maggiore sarà l’esigenza di essere epistemicamente deferenti per formulare giudizi che facciano uso di quel termine²¹⁸.

proprietà ben diverse dal punto di vista cognitivo rispetto a quello del medico o del paziente linguisticamente competente nell’uso del termine a cui viene diagnosticata l’artrite.

²¹⁸ Gloria Origgi nota che questo problema è stato tradizionalmente trascurato da quanti si sono occupati di teorie semantiche della deferenza. I concetti deferenziali che possiamo acquisire non hanno tutti lo stesso potenziale inferenziale: “par exemple, mon concept de ‘cancer’ est sûrement en partie déférentiel au sens où je suis disposée à en déférer à un expert, par exemple un oncologue, quant à sa référence exacte. Mais j’ai une maîtrise intuitive de ce concept, et il peut entrer dans des inférences spontanées que je fais sur le monde. Le cas du concept de ‘synecdoque’ [...] est complètement différent du point de vue cognitif: l’élève qui défère à son maître sur la signification du mot « synecdoque » n’a pas une représentation de ce concept comparable à celle de ‘cancer’: il ne peut pas utiliser le concept de synecdoque dans des inférences spontanées: il n’est pas en rapport direct avec le contenu de ce concept. Les théories sémantiques de la déférence ne font pas de distinction entre ces deux cas” [Origgi, 2004, p. 183].

Contro l’idea che la deferenza semantica possa essere parziale cfr., però, Woodfield [2000]. In polemica con Recanati, Woodfield sostiene che proprio come non si può scrivere una parola quasi-tra-virgolette non è possibile spiegare l’apprendimento graduale di un termine in termini di deferenza [Woodfield, 2000, p. 447-448]. In realtà però gli stessi

Quarta e ultima precisazione. La deferenza implicata dalla deferenza semantica è di natura in senso stretto epistemica solo se il termine deferenziale è impiegato in un atto linguistico assertivo (che impegna il parlante alla verità di un fatto) ma può essere anche di tipo valoriale o prudenziale se il termine è usato in un atto linguistico di tipo diverso. Poniamo che io formuli il giudizio che

Tutti gli (schizofrenici)_E devono essere rinchiusi.

Poiché l'atto linguistico in questo caso non è un assertivo bensì un direttivo la sua condizione di sincerità non sarà una credenza ma una volontà²¹⁹: la volontà radicata nella convinzione di carattere etico che sia giusto rinchiodere gli (schizofrenici)_E o magari nella convinzione egoistica che i miei interessi sarebbero lesi se gli (schizofrenici)_E fossero a piede libero. In entrambi i casi, se fossi semanticamente deferente nell'uso del termine "schizofrenico", potrei essere sincero e razionale nel farlo solo fondando la mia convinzione sull'autorità di un diverso soggetto. Autonomamente non potrò mai essere portatore dello stato mentale che costituisce condizione di sincerità dell'atto.

3.2. Il divieto di traduzione

Una seconda regola di razionalità nell'uso di termini deferenziali può essere chiamata *divieto di traduzione*.

Divieto di Traduzione. Se S è semanticamente deferente verso E nell'uso del termine w, e u₁ è un enunciato contenente w e u₂ è un altro enunciato non contenente w, S non è mai giustificato nel credere che u₁ e u₂ abbiano le stesse condizioni di verità.

Nell'idioletto del parlante deferente, il termine deferenziale non è sinonimo di alcun termine non deferenziale. Ciò implica che il parlante deferente non è in grado di tradurre un enunciato espresso con termini deferenziali in un enunciato che non faccia uso di tali termini, e viceversa. Ciò implica anche che alcuni enunciati che per un parlante esperto sono riconoscibili come veri *a priori* (come per esempio l'enunciato "Se Tizio ha l'artrite, allora Tizio ha un problema alle articolazioni"), da

esempi di deferenza dati da Woodfield nel suo articolo sono di casi in cui il parlante adotta il criterio metalinguistico come criterio principale, ma non unico di determinazione del riferimento.

²¹⁹ Nel lessico adottato nella teoria degli atti linguistici, si può dire che lo stato mentale che costituisce condizione di sincerità dell'atto avrà una *direzione di adattamento* mondo-mente e non mente-mondo [Searle, 1979, p. 4].

parte di parlanti non esperti potrebbero essere riconoscibili come veri solo *a posteriori*²²⁰. Perciò, mentre l'obbligo di doppia deferenza determina un *deficit* di capacità referenziale del parlante semanticamente deferente, il divieto di traduzione determina la sua limitata capacità inferenziale²²¹.

Tutto questo non significa che la conoscenza custodita dall'enunciato semanticamente deferenziale sia del tutto vuota e inutile. Anzitutto, se un medico mi diagnostica un male di cui non conosco la natura, il fatto di conoscerne almeno il nome mi permetterà di comunicare il fatto di avere questo male ad un secondo medico. Inoltre, dalla credenza di avere l'(artrite)_E potrò desumere di dovermi recare nel reparto dell'ospedale adibito alla cura dell'(artrite)_E o magari di essere un potenziale beneficiario di sgravi fiscali concessi ai lavoratori malati di (artrite)_E, eccetera. Ciononostante, la credenza che costituisce condizione di sincerità di un atto linguistico semanticamente deferenziale è diversa dalla corrispondente credenza del parlante esperto. Il parlante comune che sa di avere l'(artrite)_E e il parlante esperto che sa di avere l'artrite *sanno cose diverse*. Dallo stato mentale che costituisce nei due casi condizione di sincerità dell'atto linguistico i due parlanti possono trarre inferenze diverse²²².

Ruth Millikan fa una distinzione che ci può venire utile per chiarire questo punto. Distingue tra due tipi di intensioni che un soggetto può associare, nel suo idioletto, all'uso di un termine: *intensioni a base linguistica* ("language-bound intensions") e *intensioni piene* ("full-bodied intensions"). Le prime sono modi di presentazione del riferimento che dipendono da un criterio metalinguistico; le seconde sono tutte le intensioni che *non* sono a base linguistica [Millikan, 2001, p. 151]. Se un espertissimo reumatologo avesse un'amnesia molto selettiva e dimenticasse dell'artrite solo la

²²⁰ Supponiamo che io sia semanticamente deferente nei confronti di mia nonna Fosca nell'uso del termine "piadina". Mia nonna Fosca associa la parola al risultato di uno specifico procedimento di preparazione, una serie di ingredienti, un metodo di cottura eccetera. Io associo la parola a un'indefinita pietanza romagnola che mia nonna chiama "piadina". Nell'idioletto di mia nonna, il fatto che se Marina ha mangiato della piadina allora Marina ha mangiato dello strutto è una verità analitica, desumibile dal *suo* concetto di "piadina". Nel mio idioletto, no. Se acquisisco la conoscenza che Marina ha mangiato piadina, non per questo acquisirò la conoscenza che Marina ha mangiato dello strutto. Tutto ciò, benché "piadina" nell'idioletto di mia nonna e nel mio indichino esattamente la medesima pietanza (in virtù della mia deferenza nei suoi confronti). Come scrive Chalmers: "[T]he apriority of a sentence in a context can depend on whether a given expression is used deferentially or nondeferentially in that context" [Chalmers, 2012, p. 281-282].

²²¹ Il primo libro che ha messo a tema la distinzione tra questi due aspetti della competenza lessicale è l'opera principale di Diego Marconi, intitolata appunto *La competenza lessicale* [Marconi, 1999a, pp. 69-92].

²²² Nel lessico di David Chalmers, si può dire che le due credenze abbiano una diversa *intensione epistemica* [Chalmers, 2003, pp. 53 e 62].

proprietà di essere chiamata “artrite” ma ricordasse ogni altra informazione appresa nel suo corso di studi riguardo ad essa, non perderebbe del tutto la sua capacità di compiere inferenze riguardo all’artrite. Il reumatologo potrebbe veicolare il concetto di artrite mediante una perifrasi e potrebbe tranquillamente servirsene nei suoi ragionamenti diagnostici. Viceversa, se lo stesso tipo di amnesia colpisse un parlante semanticamente deferente, ciò equivarrebbe alla totale perdita del concetto e di tutte le funzioni cognitive ad esso associate.

Una persona è totalmente competente nell’uso di un termine della lingua italiana (intesa come linguaggio pubblico e condiviso) solo se è capace di associare quel termine *sia* a un’intensione a base linguistica *sia* a una o più intensioni piene. In altre parole, la totale competenza lessicale si acquisisce solo se si è in grado di individuare un’intensione a base linguistica e almeno un’intensione piena che siano associate alla medesima estensione. Questa totale competenza manca sia al medico che non si ricorda che cosa vuol dire “artrite” (ma è perfettamente al corrente della natura e le caratteristiche reumatologiche dell’artrite), sia al paziente che si serve della parola “artrite” nelle sue interazioni linguistiche con i medici (ma in realtà non conosce il fenomeno a cui la parola si riferisce). Il medico smemorato possiede un’intensione piena di “artrite” ma non la corrispondente intensione a base linguistica (per cui non sa associare il suo concetto di artrite alla parola corrispondente del linguaggio pubblico); il paziente che usa il termine “artrite” con deferenza semantica ha un’intensione a base linguistica, ma non dispone della corrispondente intensione piena (per cui, pur potendo usare il termine per interagire con altri parlanti, non ne sa identificare in modo autonomo il riferimento). I rispettivi concetti di artrite nell’idioletto dei due parlanti saranno meno ricchi rispetto al concetto di artrite, per così dire, pubblico: il concetto che è necessario acquisire per la totale competenza nell’uso del termine tecnico nella lingua italiana²²³.

Il divieto di traduzione non impedisce al parlante deferente di compiere tutte le inferenze possibili da o verso enunciati semanticamente deferenziali, perché non tutte le inferenze presuppongono la

²²³ La componente linguistica del concetto, quella che Millikan chiama intensione a base linguistica, non è coinvolta unicamente nella competenza lessicale ma anche nelle facoltà di ragionamento. Lo sottolinea Kaplan in questo passaggio dei suoi *Afterthoughts*: “I think we succeed in thinking about things in the world not only through the mental residue of that which we ourselves experience, but also vicariously, through the symbolic resources that come to us through our language. It is the latter—*vocabulary power*—that gives us our apprehensive advantage over the non-linguistic animals” [Kaplan, 1989b, p. 604].

traduzione di intensioni a base linguistica in intensioni a base piena o viceversa. Per esempio, dall'enunciato

Nel Reparto R sono ricoverati solo pazienti che hanno l'(artrite)_E.

il parlante deferente potrà desumere che

Se Tizio non ha l'(artrite)_E allora non è ricoverato nel reparto R²²⁴.

In base all'obbligo di doppia deferenza, la credenza nella verità del primo enunciato potrà essere fondata unicamente sull'opinione di un esperto. La credenza nel secondo enunciato invece deriverà *a priori* dalla credenza nel primo, in quanto non postula la traduzione del termine deferenziale "artrite".

4. La deferenza semantica nel processo

4.1. Fallacia di equivocazione e fallacia ad verecundiam

Vediamo adesso come il fenomeno sociolinguistico finora descritto possa influire sul ragionamento deduttivo di un parlante comune e in particolare sul ragionamento di un giudice chiamato ad applicare una disposizione di legge ad un caso concreto. Supponiamo che Tizio sia imputato in un processo per disastro ambientale. Secondo la tesi accusatoria, le emissioni dell'industria chimica di cui Tizio è

²²⁴ Tipicamente le inferenze che il parlante deferente può compiere riguardano il riferimento per la sua rilevanza sociale. La medicina è un perfetto campo di osservazione del fenomeno per cui a un fatto bruto può essere correlato un insieme di conseguenze istituzionali riconoscibili dalla maggior parte delle persone solo grazie alla deferenza verso esperti. Engelhardt sostiene che esistono quattro "linguaggi della medicalizzazione", intendendo con ciò quattro funzioni che il linguaggio medico assume: descrittiva, valutativa, esplicativa e sociale. Quest'ultima consiste principalmente nell'etichettare condizioni corporee come malattie in modo tale da consentire anche ai non esperti di inferire una serie di conseguenze sociali correlate alle nozioni di "malato" e "malattia":

"To characterize a patient as sick is not only to say that the patient has a problem that ought to be solved and that the problem can be explained in medical terms. It is also to cast that individual in social roles where certain societal responses are expected" [Engelhardt, 1996, p. 217].

Secondo questa ricostruzione i parlanti non esperti pur essendo semanticamente deferenti nella determinazione del riferimento del concetto di (malattia)_E, conservano una sia pur limitata capacità inferenziale, circoscritta alle conseguenze sociali dell'essere (malato)_E. Come vedremo, l'attribuzione di questo ruolo costitutivo al linguaggio tecnico può essere problematico nel contesto del processo, dove la correlazione tra il fatto bruto e le conseguenze istituzionali che gli vengono imputate dovrebbe essere controllabile criticamente dal giudice sulla base di criteri giuridici.

amministratore avrebbero causato un danno alla flora e alla fauna di un vicino parco naturale. Il giudice è chiamato a verificare se tali emissioni abbiano determinato l'“alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa”, integrando così la condotta descritta dall'articolo 452quater comma 2 numero 2 del codice penale.

In un caso come questo, è molto probabile che il giudice, d'ufficio o su istanza di parte, nomini un perito. Il giudice potrebbe porre al perito vari quesiti, fondati sulle allegazioni dell'accusa. È vero che le emissioni dell'industria di Tizio uccidono alcuni animali e alcune piante del parco? Quali animali? Quali piante? Secondo quale meccanismo? Eccetera. Il mero fatto che il giudice si rivolga ad un esperto, per rispondere a questa o ad altre simili domande implica naturalmente una disposizione del giudice ad essere *epistemicamente* deferente verso di lui: quando nella sentenza affermerà

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un ecosistema.

lo farà almeno in parte fondando il proprio impegno alla verità dell'enunciato sull'identico impegno dell'esperto. In questo, nulla di male, come abbiamo detto più volte: una volta superato un vaglio di attendibilità, è parte del ruolo istituzionale dell'esperto nel processo che sia trattato come autorità epistemica in questioni di fatto.

Che cosa accade però se alla deferenza epistemica, implicita nella richiesta di informazioni all'esperto, si associa anche deferenza semantica nell'uso di alcune parole chiave presenti nello stesso quesito, come per esempio la parola “ecosistema”? In tal caso, il giudice non attribuirà all'esperto unicamente l'autorità di dire se in concreto un ecosistema sia stato alterato, ma anche, assumendo che il concetto di “ecosistema” sia un genere naturale la cui essenza può essere intesa solo da un professionista specializzato, l'autorità di stabilire che cosa *conti* come “ecosistema”. Il giudice intenderà attribuire al proprio quesito il seguente significato:

Tizio ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E?

Si configura così una situazione piuttosto bizzarra per cui il giudice assume come autorevole non solo la risposta alla domanda che ha formulato all'esperto, ma in un certo senso anche l'interpretazione della domanda che l'esperto ha presupposto per rispondere. Nel momento in cui il giudice scriverà la sua motivazione, fondandosi sulle parole dell'esperto, attribuirà all'enunciato “Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un ecosistema” il significato:

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Nonostante l'apparente bizzarria del quesito, il fatto che il giudice ne ricavi questa proposizione non rappresenta di per sé alcun problema: non c'è alcuna forma di violazione delle regole del discorso semanticamente deferenziale che abbiamo individuato nei paragrafi precedenti. Il giudice può impegnarsi alla verità di questo enunciato, perché il suo impegno si fonda su un argomento *ex auctoritate*. Può essere sincero e razionale nel parlare di un concetto, quello di (ecosistema)_E, rispetto al quale non ha capacità referenziale, perché è non solo semanticamente, ma anche epistemicamente deferente verso il perito. È dunque rispettato l'obbligo di doppia deferenza.

La proposizione “Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E”, però, è solo la premessa minore del sillogismo che il giudice deve compiere per giustificare in sentenza la condanna o l'assoluzione di Tizio. Il ragionamento nella sua interezza è il seguente:

Se Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un ecosistema, (non) ha commesso il reato di disastro ambientale.

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Tizio (non) ha commesso il reato di disastro ambientale.

dove nella premessa maggiore figura la norma²²⁵, ossia un'interpretazione della legge penale fornita dal giudice, che immaginiamo il giudice compia in modo autonomo, *senza l'aiuto dell'esperto*, mentre nella premessa minore figura la descrizione del fatto concreto²²⁶, basata sull'autorità dell'esperto.

²²⁵ Più precisamente: la proposizione espressa da un enunciato che descrive una norma.

²²⁶ Più precisamente: la proposizione espressa dall'enunciato che descrive il fatto rilevante. Dal momento che fornisco una descrizione del ragionamento giuridico unicamente sulla base dei contenuti proposizionali rispetto ai quali il giudice si deve impegnare per risolvere il caso ho omesso di parlare della cosiddetta *qualificazione giuridica del fatto*. Questa scelta è coerente con quanto detto alla fine del secondo capitolo. La qualificazione giuridica del fatto non è una terza *proposizione*, diversa dalla premessa *in iure e in facto*, a cui il giudice deve impegnarsi per concludere un ragionamento giuridico, ma un *processo* finalizzato ad individuare l'antecedente della premessa *in iure* e la premessa *in facto*. L'antecedente del giudizio condizionale che costituisce la premessa maggiore e il giudizio categorico che costituisce la premessa minore, perché il ragionamento funzioni, devono avere un *identico contenuto proposizionale*. Una volta che il giudice ha individuato la proposizione che *se vera* innescherebbe nel caso concreto una conseguenza giuridica, non resta che accertare se effettivamente è vera o no. Naturalmente di fatto l'individuazione di questa proposizione, che ha la duplice proprietà di essere *rilevante* dal punto di vista giuridico e *vera* rispetto al fatto rappresentato, richiede un lungo processo di *trial and error* che coincide essenzialmente con ciò che va sotto il nome di *circolo ermeneutico*. La rappresentazione di questo lungo processo di *trial and error* nello schema che propongo non sarebbe agevole, né – credo

Ebbene, qui invece sembra porsi un problema. Sembra, infatti, che in base alla seconda delle due regole che abbiamo individuato, il divieto di traduzione, il giudice non possa accertare il rapporto di sinonimia tra ecosistema come inteso nella premessa maggiore ed (ecosistema)_E come inteso nella premessa minore. Come fa, infatti, il giudice a sapere che il concetto di ecosistema che figura nella *propria* interpretazione della disposizione coincide con quello che l'esperto chiama "ecosistema"? *A priori*, il giudice non può saperlo. Perciò, il sillogismo giudiziale così inteso è viziato da un'ambiguità lessicale. Ci troviamo di fronte ad una *fallacia di equivocazione*²²⁷.

Tuttavia questo è vero solo sul presupposto che il giudice nell'interpretare la disposizione di legge si serva della parola "ecosistema" in modo non deferenziale. Ma supponiamo che il giudice sia semanticamente deferente anche nella formulazione della premessa maggiore del sillogismo.

Se Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E, (non) ha commesso il reato di disastro ambientale.

Tizio (non) ha alterato l'equilibrio di un (ecosistema)_E.

Tizio (non) ha commesso il reato di disastro ambientale.

In questo caso, il sillogismo, sotto il profilo della validità formale, è ineccepibile. Il problema qui diventa un altro. Se il giudice ragiona in questo modo finisce per attribuire all'esperto – magari senza che quest'ultimo neppure se ne renda conto – il compito di stabilire quale sia la nozione di "ecosistema" la cui alterazione costituisce illecito penale. L'individuazione dei confini concettuali del vero o supposto genere naturale "ecosistema" da parte dell'esperto finisce, cioè, per determinare riferimento delle parole del giudice, e nel caso di specie anche l'estensione del bene protetto dalla fattispecie incriminatrice, il bilanciamento tra beni di rango costituzionale quali la libertà d'impresa e la tutela dell'ambiente, eccetera.

– particolarmente utile. Per una descrizione del circolo ermeneutico come processo di *trial and error* cfr. Tuzet [2016a, p. 22]. Tuzet osserva che a rigore il punto di arrivo di ogni sequenza di questo procedimento circolare è sempre diverso da quello di partenza: è sempre diversa la proposizione che si ipotizza vera e rilevante: più che di circolo – dice Tuzet – bisognerebbe parlare di *spirale* ermeneutica.

²²⁷ Sulla fallacia di equivocazione cfr. ad esempio Walton [1989, p. 250]; Iacona [2005, p. 122]; Copi, Cohen e McMahon [2014, p. 133].

Infatti, in base all'obbligo di doppia deferenza, se il giudice è *semanticamente* deferente verso l'esperto nell'uso del termine "ecosistema", può razionalmente impegnarsi alla verità della proposizione espressa dall'enunciato contenente la parola "ecosistema", solo se è anche *epistemicamente* deferente verso quell'esperto nell'impegnarsi alla verità di quell'enunciato. Ebbene, nella premessa minore, la deferenza epistemica verso l'esperto, presumibilmente un biologo, è giustificata dalla sua particolare competenza in relazione ai fatti descritti dall'atto linguistico, che sono fatti relativi alla flora e alla fauna di un parco naturale. Lo stesso però non si può dire della premessa maggiore.

Mentre la premessa minore è costituita da un atto linguistico con cui il giudice rappresenta un fatto empirico alla cui verità l'esperto si è impegnato e nel cui accertamento l'esperto ha una specifica competenza, la premessa maggiore è costituita da un atto linguistico con cui il giudice ascrive un significato a una disposizione di legge. Perché mai un giudice dovrebbe essere epistemicamente deferente verso un esperto non giurista, nel caso di specie per esempio un biologo, in materia di interpretazione giuridica? Non c'è motivo di pensare che il perito abbia credenziali adeguate per assicurare al giudice che il legislatore dell'articolo 452quater intendesse²²⁸ per "ecosistema" ciò che nella descrizione tecnica del fatto concreto contenuta nella perizia è chiamato "ecosistema". Il fatto descritto dalla premessa *in iure* è un fatto che rientra nella competenza tecnica di un giurista non di un biologo. Se il giudice deferisce la determinazione della premessa *in iure* del suo ragionamento ad un biologo incorre in una fallacia *ad verecundiam*²²⁹.

4.2. Diversità dei criteri di giustificazione epistemica nelle premesse *in iure* e *in facto*

Finora ho sempre descritto l'atto linguistico con cui il giudice enuncia la premessa maggiore di un suo ragionamento giuridico come un atto linguistico assertivo. Con essa, infatti, – sulla base di certe sue *conoscenze giuridiche* – il giudice si impegna a dire che un certo contenuto proposizionale con struttura condizionale ("Se p, allora q") è vero. Dicendo questo non voglio prendere una posizione forte nell'ambito della teoria dell'interpretazione, ma voglio semplicemente sottolineare che i giudici normalmente non intendono scegliere *a caso* le premesse giuridiche dei loro ragionamenti, ma si impegnano a determinarne il contenuto in base a determinati parametri di giustificazione. Se un

²²⁸ Parlo di intenzione del legislatore solo per semplicità. Non voglio, con questo, prendere posizione nel senso che i testi giuridici debbano essere necessariamente interpretati in base alle intenzioni dei loro autori. Quale che sia il canone ermeneutico giuridicamente corretto, non c'è *a priori* nessuna buona ragione per ritenere che l'esperto lo conosca o intenda presupporlo nel momento in cui dà una descrizione dei fatti.

²²⁹ Rinvio per riferimenti su questa nozione al secondo capitolo, par. 4.4..

giudice dice che se Tizio ha tenuto un certo comportamento, allora ha commesso il reato di disastro ambientale, lo fa a ragion veduta, perché ha verificato che le fonti applicabili, lette in base ai criteri ermeneutici ritenuti più opportuni, giustificano *questa* affermazione. Il giudice deve compiere questo controllo e non può delegarlo per esempio a chi non sia un giurista perché deve verificare che sia vero in base a determinati parametri giuridici – ai nostri fini non importa quali – che uno specifico contenuto proposizionale possa essere assunto come premessa del suo ragionamento²³⁰.

Nell'esempio che abbiamo fatto, non è affatto detto che la competenza lessicale dello scienziato sia sufficiente per determinare la portata dell'espressione "ecosistema" nel contesto dell'articolo 452quater comma 2 numero 2 del codice penale. Per dire questo, basta richiamare quanto abbiamo visto nel capitolo precedente e rilevare che le parole mutano significato in base al contesto del loro uso. Buona parte della capacità di comprensione di una parola in un testo giuridico deriva dalla conoscenza del suo contesto: disposizioni correlate o sovraordinate, disposizioni in materia di interpretazione, storia del diritto, dottrina, giurisprudenza e così via. Per capire il significato della parola "ecosistema" nel contesto dell'art. 452quater del codice penale potrebbe essere necessario fare considerazioni basate su dati che l'esperto ignora: per esempio, il fatto che, prima dell'introduzione di quell'articolo, il disastro ambientale fosse già punito come disastro innominato, e fosse stato oggetto di una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale.

Ma c'è di più. In un caso come quello che abbiamo immaginato, l'esperto nel dire che vi è o non vi è stata alterazione di un "ecosistema" si impegna unicamente a fornire, nel proprio linguaggio, una descrizione dei fatti. Non si impegna alla validità della premessa maggiore che sarebbe necessaria

²³⁰ Se ricostruissimo l'atto linguistico con cui il giudice enuncia la premessa maggiore come un direttivo (immaginiamo si tratti di un giudice radicalmente giusrealista), il problema sarebbe forse ancora più grave. Il giudice in questo caso riterrebbe che il testo di legge non lo vincoli nella soluzione del caso ed esprimerebbe con le sue parole la pretesa di esercitare un ruolo politico, o comunque pienamente decisivo e discrezionale. Nel contempo accetterebbe di affidare il risultato del proprio giudizio, anziché a considerazioni di carattere etico o prudenziale, unicamente alla circostanza che, in base a criteri a lui sconosciuti, l'esperto sia stato disposto a descrivere il contegno di Tizio come "alterazione di un ecosistema". In questo modo, di fatto il giudice affiderebbe al caso il risultato del proprio giudizio, frustrando anche il senso di compiere un accertamento di fatto. Se ogni interpretazione di "ecosistema" può andar bene ai fini giuridici, perché mai verificare che proprio ciò che è chiamato "ecosistema" da un esperto è stato alterato? Perché non assumere un concetto che renda l'accertamento della violazione o meno della norma più semplice? Non conoscendo i criteri di determinazione del riferimento utilizzati dall'esperto, il giudice perderebbe un controllo effettivo sul risultato e il fondamento della sua decisione. Si comporterebbe come il famoso giudice Briogliadoca di Rabelais che decide i casi tirando dei dadi.

per considerare quella descrizione dei fatti giuridicamente rilevante: non fa parte delle sue intenzioni dire che ciò che per la legge è “ecosistema” coincide con l’accezione di ecosistema da lui adoperata per la descrizione del fatto. Fondare la qualificazione giuridica su un appello all’autorità dell’esperto, cioè, sarebbe sbagliato soprattutto perché l’esperto normalmente non intende giocare alcun ruolo nell’interpretazione della legge.

Naturalmente può anche darsi che sia corretto sul piano giuridico ascrivere al legislatore la volontà di riferirsi al concetto biologico di “ecosistema” nella sua accezione tecnica, conosciuta dal biologo e ignorata dal giudice. In questo caso, potrebbe essere sensato per il giudice farsi aiutare dal biologo per comprendere l’esatta portata applicativa della disposizione²³¹. Per accertare la legittimità di questa interpretazione *tecnica* della parola “ecosistema”, tuttavia, il giudice dovrebbe *acquisire* il concetto tecnico di ecosistema e valutarne le conseguenze sistematiche, quantomeno nella misura in cui la sua applicazione al caso di specie sia controversa in sede processuale²³². Il giudice, cioè, non potrebbe limitarsi a chiedere al biologo se ciò che Tizio ha alterato è un ecosistema oppure no, ma dovrebbe formulare un quesito circa la portata lessicale del termine “ecosistema” nel linguaggio della biologia. Ciò però non potrebbe esaurire il lavoro interpretativo richiesto al giudice. Per esempio, il giudice potrebbe doversi domandare: questa nozione tecnica di “ecosistema” individua un bene giuridico meritevole di tutela sotto il profilo costituzionale? O invece una ricostruzione della norma in questi termini finisce per criminalizzare anche comportamenti in concreto inoffensivi ponendosi così in contrasto con il principio di necessaria lesività desumibile dagli articoli 3, 13, 25 comma 2 e 27 della Costituzione? Per poter rispondere a queste e altre simili domande il giudice dovrebbe comunque cessare di usare il termine “ecosistema” in modo deferenziale e acquisire il corrispondente concetto tecnico.

Va sottolineato, comunque, che nella pratica è molto raro che si assegni esplicitamente questo ruolo ermeneutico ai periti, formulando espressamente quesiti relativi al significato di termini impiegati in disposizioni legislative. Non è raro invece che il giudice si limiti a porre all’esperto domande che

²³¹ Per comprendere questo punto basta richiamare alcuni degli esperimenti mentali presentati alla fine del capitolo precedente.

²³² In alcuni ordinamenti è prevista un’espressa disposizione che impone ai giudici di interpretare i termini tecnici di scienze o discipline specialistiche impiegati dal legislatore con il significato che ad essi è attribuito in quelle scienze o discipline (cfr. per esempio, l’articolo 19 del codice civile dell’Uruguay). Tuttavia, il fatto che il legislatore stesso sia semanticamente deferente nell’uso di un termine non vuol dire che una medesima deferenza da parte del giudice sia giustificata. Rinvio in proposito gli esempi già fatti nel paragrafo 6.2. del capitolo III.

sembrano riguardare solo la questione di fatto e che solo in modo indiretto finiscono per incidere sulla soluzione della questione di diritto. In processi per reati ambientali, per esempio, non è inusuale che un giudice possa chiedere ad un perito se – poniamo – dallo stabilimento della società degli imputati “si diffondano gas, vapori, sostanze aeriformi e sostanze solide (polveri ecc.) contenenti *sostanze pericolose per la salute*”²³³. È evidente che la nozione di “sostanza pericolosa per la salute” è suscettibile di varie interpretazioni che avranno una chiara incidenza sulla portata applicativa del reato ambientale in questione. Un giudice virtuoso perciò non dovrebbe formulare un quesito di questo tipo senza assicurarsi che le nozioni di “pericolo” o “salute” presupposte dal perito siano adeguate al contesto normativo dell’accertamento. È irrazionale trattare l’individuazione dei criteri che definiscono il riferimento di “pericolo per la salute” come questione di fatto di carattere tecnico, assolutamente indipendente dal problema dell’interpretazione del diritto applicabile.

4.3. Deferenza semantica rispetto a termini non contenuti nel testo di legge

L’esempio finora discusso sembra suggerire che il fenomeno in questione possa verificarsi solo quando il quesito posto dal giudice si serve di certe parole chiave presenti nella disposizione, che il giudice non vuole o non sa interpretare in modo autonomo. Tuttavia, non necessariamente è così.

Il giudice potrebbe ritenere di mantenere il controllo interpretativo sulla disposizione e tradurla, sulla base di una serie di considerazioni proprie, fondate per esempio sulla *ratio legis*, in una formulazione più precisa, dove però ricorre un termine usato in modo semanticamente deferenziale²³⁴. In casi come questi, il giudice viola il divieto di traduzione. Per esempio, il giudice in un processo per lesioni potrebbe interpretare l’espressione legislativa “malattia del corpo o della mente”, in accordo con la Corte di Cassazione come “una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica” [Cass. Sez. IV pen. 47265/2012] assumendo però “funzionalità” nel senso di (funzionalità)_E sul presupposto che se non il termine di “malattia” almeno il termine “funzionalità” corrisponda ad un genere naturale che l’esperto deve avere l’autorità di descrivere. A questo punto domanderà all’esperto se, per esempio, il farmaco somministrato dall’imputato abbia determinato una riduzione apprezzabile di (funzionalità)_E nella mente o nel corpo

²³³ Il quesito è tratto da una delle perizie compiute nell’ambito della vicenda ILVA: G.i.p. di Taranto n. 5488/10 - 5821/10.

²³⁴ È il fenomeno che Damiano Canale, nella sua teoria delle norme opache, ha definito opacità sopravvenuta della norma: “la norma viene opacizzata poiché il giudice sceglie di attribuire ad essa un contenuto che egli non è in grado di padroneggiare sotto il profilo inferenziale” [Canale, 2015, p. 113].

della persona offesa, e si accontenterà della sua risposta quale che sia la definizione della parola che l'esperto abbia presupposto per rispondere.

In alcuni casi, il problema potrebbe porsi anche nell'ambito di inferenze probatorie che *prima facie* nemmeno in modo indiretto sembrano toccare la qualificazione giuridica del fatto. Prendiamo ad esempio l'accertamento della capacità testimoniale della persona offesa da parte di esperti in psicologia infantile in un processo per violenza sessuale su minori. È un principio avallato dalla Corte di Cassazione quello secondo cui la condanna per violenza sessuale possa essere fondata anche sulla sola testimonianza della persona offesa. Tuttavia, è essenziale, secondo la giurisprudenza, che, nel caso la persona offesa sia un minore, il giudice compia un vaglio particolarmente attento "dell'attitudine psichica, rapportata all'età, a memorizzare gli avvenimenti e a riferirne in modo coerente e compiuto" [Gulotta, 2011, p. 168]. Il giudice perciò per condannare sulla base della sola deposizione del minore dovrebbe ragionare in questo modo:

La deposizione del minore è sufficiente per la condanna, se il minore ha attitudine psichica a memorizzare eventi.

Il minore ha attitudine psichica a memorizzare eventi.

La deposizione del minore è sufficiente per la condanna.

Che cosa accade però se il giudice è deferente nei confronti degli esperti a cui è stato affidato l'ascolto del minore, rispetto alla nozione di "attitudine psichica a memorizzare eventi"? In tal caso, il giudice darà per buona qualsiasi nozione di "attitudine psichica a memorizzare eventi" l'esperto abbia presupposto per rispondere al suo quesito, senza verificare che questi abbia in concreto adottato l'interpretazione che secondo le peculiarità del caso – note al giudice e potenzialmente ignote all'esperto – è contestualmente più adeguata: per esempio, in relazione allo standard di prova prescritto oppure ai diritti difensivi che il codice riconosce alle parti in un dato contesto processuale. L'esperto, sentito nel corso dell'indagine preliminare, in incidente probatorio, potrebbe avere affermato nelle sue conclusioni che il minore

possiede sufficienti capacità generiche di prestare testimonianza, nelle funzioni cognitive e di memoria, la capacità di distinguere verità e finzione, di percepire, memorizzare e riferire i fatti che riguardano la sua esperienza autobiografica²³⁵

²³⁵ Traggio queste parole da una perizia in materia di violenza sessuale su minori che ho avuto modo di esaminare.

senza sapere se la sua deposizione sarà utilizzata per emettere una misura cautelare o una condanna a dieci anni di reclusione e senza sapere nemmeno che, giuridicamente, le due decisioni richiedono standard di prova differenziati. In proposito, il magistrato Sandra Recchione osserva:

Nei processi per abuso sessuale la connessione tra prova scientifica e prova dichiarativa è strettissima, a tratti (patologicamente) inestricabile. Tale intreccio rende particolarmente difficoltosa la definizione dei rispettivi ambiti di competenza. Si assiste così ad una pericolosa commistione di parametri valutativi: non di rado la valutazione giudiziale viene effettuata facendo ricorso ad analisi di vaga matrice psicologica, che poco hanno a che fare con la (asettica, quasi matematica per il vero) verifica dell'attendibilità giudiziale. Di contro, le analisi psicologiche spesso sconfinano in valutazioni "paragiudiziarie" che le allontanano dall'area tecnico-scientifica entro la quale dovrebbero rimanere confinate [Recchione, 2013, pp. 1-2].

4.4. Cause ed effetti della deferenza semantica dei giudici

Esistono diversi fattori che possono spiegare perché il giudice sia portato in alcuni casi ad essere semanticamente deferente verso gli esperti.

In primo luogo, un larvato essenzialismo metafisico da parte del giudice: l'idea che in natura si diano enti (malattie, ecosistemi, funzioni, capacità mnemoniche...) con proprietà oggettive che possono essere accertate e descritte dalla scienza in uno e un solo modo. (Anche se fosse vero, ciò non dovrebbe necessariamente avere conseguenze sull'interpretazione del diritto, perché non è affatto detto che sia opportuno postulare la conoscenza da parte del legislatore dell'ontologia rivelabile dalla scienza, o comunque una salienza etico-giuridica di tale ontologia²³⁶).

In secondo luogo, la difficoltà per ogni esperto di trasmettere le proprie conoscenze senza servirsi di un linguaggio tecnico. Il linguaggio di ogni disciplina presuppone delle "scelte ontologiche" [Ludwig, 2016, p. 1255] che ritagliano il mondo in un certo modo e il valore di verità delle proposizioni espresse in quel linguaggio dipende da queste scelte. Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, i concetti tecnici nascono dall'esigenza di formulare in modo corretto proposizioni che non sarebbero facilmente esprimibili con i criteri di categorizzazione presupposti dal linguaggio comune. Perciò, per un perito può essere assai arduo tradurre la descrizione scientifica di un fatto in linguaggio comune *salva veritate*.

²³⁶ Su questo punto è illuminante il passo di Stavropoulos [1996, p. 182] già citato nel capitolo precedente al paragrafo 4.3..

In terzo luogo, la volontà del giudice di sgravarsi di lavoro e responsabilità decisoria. Il giudice può essere portato a presentare il problema dell'individuazione dei criteri che fissano il riferimento di parole chiave del suo stesso discorso come una questione di fatto, di competenza esclusiva del perito, al fine di far apparire più circoscritto il proprio onere motivazionale *in iure*. Ad esempio, è possibile che il giudice chieda al perito psichiatrico se l'imputato, nel momento in cui accoltellava la moglie, avesse "il (controllo)_E delle proprie azioni" oppure se la condotta delittuosa sia dipesa da una "condizione (patologica)_E del suo cervello" utilizzando le espressioni tra virgolette in modo implicitamente deferenziale nei confronti dell'interlocutore. Il giudice argomenterà così la sussistenza o meno di "controllo delle proprie azioni" da parte dell'imputato o la dipendenza o meno della sua condotta da una "condizione patologica" unicamente sulla base dell'autorità epistemica dello psichiatra. Questo argomento da un lato gli consentirà di presentare la propria affermazione come supportata dalla scienza e dall'altro lo esimerà dall'ingrato compito di spiegare che cosa sia "il controllo delle proprie azioni" penalmente rilevante e in definitiva quindi di chiarirsi e chiarire ai consociati in che cosa esattamente consista la colpevolezza penale, questione pericolosamente connessa con temi filosoficamente spinosi come quello del libero arbitrio²³⁷. Il giudice adotterà lo psichiatra come un dispositivo di etichettamento di soggetti sani e malati, consapevoli e inconsapevoli, maturi e immaturi, senza dover giustificare i presupposti definitivi e quindi la rilevanza giuridica di questo etichettamento.

4.5. Un esempio giurisprudenziale

Dopo una astratta spiegazione del problema, può essere ora utile darne un esempio pratico tratto da un processo reale: *Davis v. Davis v. King*, caso americano degli anni ottanta, che ha suscitato un certo interesse nella letteratura bioetica e biogiuridica statunitense²³⁸. Questi i fatti: il signore e la signora

²³⁷ Anche Michel Foucault, a suo modo, ha descritto il fenomeno della deferenza semantica dei giudici verso le perizie psichiatriche, in un suo famoso corso al Collège de France, tenuto tra il 1974 e il 1975. Foucault [2012, pp. 17 ss.] sostiene che lo psichiatra è spesso convocato nel processo per discriminare la volontà colpevole ("l'illégalisme du désir") dalla volontà malata ("la déficience du sujet") senza che il giudice gli fornisca alcun effettivo criterio giuridico per distinguere l'una dall'altra. L'imputato viene ridescritto nelle perizie secondo categorie psichiatriche che – dice Foucault – collocano l'infrazione in una regione di indiscernibilità giuridica. La perizia assume il ruolo di presentare la punizione come scientificamente giustificata senza che in realtà i criteri di attribuzione di responsabilità siano mai veramente giustificati da qualcuno nel contesto del processo. La sorte dell'imputato è dunque affidata un potere punitivo adespota che opera con criteri propri, non controllati in realtà né dallo psichiatra né dal giudice: "un type de pouvoir qui finalement débouche sur la scène théâtrale du tribunal, en prenant appui, bien sûr, sur l'institution judiciaire et sur l'institution médicale, mais qui, en lui-même, a son autonomie et ses règles" [Foucault, 2012, p. 27].

²³⁸ Cfr. in particolare Overall [1995]; Robinson [1995]; Simon [1991]; e Menikoff [2002, pp. 414 ss.].

Davis, marito e moglie, ricorrono alla fecondazione *in vitro* per avere dei figli, ma decidono di divorziare prima che gli embrioni siano impiantati; la signora Davis chiede al giudice la custodia degli embrioni, il signor Davis si oppone. Secondo il signor Davis, se un bambino non è ancora nato, non si può chiederne la custodia. L'impianto degli embrioni costituirebbe violazione del diritto del signor Davis di non riprodursi. Dinanzi alla *Circuit Court* di Blount County Tennessee, presieduta dal giudice Young, vengono consultati diversi esperti per determinare quale fosse il grado di sviluppo degli ovuli fecondati, crioconservati e fino a quel momento custoditi da un terzo (il dottor Ray King del *Fertility Center of East Tennessee*). Nella sentenza, il giudice spiega in questo modo il ruolo attribuito agli esperti nel dirimere la controversia tra i coniugi Davis.

Il signore e la signora Davis hanno partecipato al programma di fecondazione in vitro, sia prima che dopo l'impiego di tecniche di crioconservazione, per un solo obiettivo: produrre un essere umano che sia loro figlio. [...] Ora bisogna determinare sul piano probatorio se il signore e la signora Davis siano riusciti nel loro intento. Questa determinazione va compiuta rispondendo alla più drammatica domanda di questo caso: Quando inizia una vita umana? Prima di rispondere a questa domanda, dobbiamo rispondere a domande ulteriori, in base agli atti di questo processo: Questi embrioni sono umani? C'è differenza tra pre-embrione ed embrione? Gli embrioni sono esseri viventi? Gli embrioni sono cose oggetto di proprietà idonee a trasformarsi in esseri umani? [Davis v. Davis v. King, No E-14496, Circuit Court for Blount County Tennessee, 1989, traduzione mia²³⁹].

Secondo il giudice, determinare se gli ovuli fecondati crioconservati costituiscono un separato essere umano vivente è un tema di prova che deve essere risolto in base alla miglior scienza disponibile. La sentenza dà meticolosamente conto della discussione, sorta tra gli esperti consultati in giudizio, sulla distinzione tra embrioni e pre-embrioni. Il dottor King (custode degli ovuli) e i dottori Shivers e Robertson identificano tre fasi di sviluppo dell'ovulo fecondato: zigote, pre-embrione, embrione. Gli ovuli fecondati della signora Davis si troverebbero in questo secondo stadio. A loro modo di vedere: il pre-embrione non può essere considerato un essere umano

²³⁹ Testo originale:

“Mr. and Mrs. Davis participated in the IVF program, both before and after the employment of the cryopreservation technique, for one purpose: to produce a human being to be known as their child. [...] [I]t must be determined from the proof whether Mr. and Mrs. Davis accomplished their intent. That determination is to be made by the answer to the most poignant question of the case: When does human life begin? To answer this question, several additional questions must first be asked and answered, based on the record in this case: Are the embryos human? Does a difference exist between a preembryo and an embryo? Are the embryos beings? Are the embryos property that may become human beings?”.

[...] perché non ha organi (osservabili) né un sistema nervoso e non ha parti corporee [ibidem, traduzione mia²⁴⁰].

Il dottor Lejeune è in disaccordo. Quella tra pre-embrione ed embrione sarebbe una falsa distinzione:

[C]on la fecondazione, l'intera costituzione dell'uomo è chiaramente, e inequivocabilmente sviluppata in tutte le sue parti, compresi braccia, gambe, sistema nervoso eccetera. Con la manipolazione e ispezione del DNA, è possibile tracciare il codice vitale di questi elementi, altrimenti inosservabili, propri di quell'unico individuo [ibidem, traduzione mia²⁴¹].

Il giudice finisce per dar ragione al dottor Lejeune, notando che la parola “pre-embrione” non compare in alcuno dei dizionari e delle enciclopedie che la Corte ha avuto modo di consultare, ma solo nelle *American Fertility Society Guidelines*. Non si tratta insomma di una nozione scientifica, ma una mera definizione stipulativa nell'ambito di un testo normativo privo di autorità nel caso di specie.

La Corte osserva e conclude che le linee-guida dell'AFS non possono essere considerate autorevoli per determinare se i sette embrioni umani in questione siano o meno esseri umani e ritiene che il termine “pre-embrione” sia stato introdotto nel processo solo perché la AFS lo ha utilizzato per evitare ambiguità nell'ambito delle sue linee-guida. La Corte ha compiuto un'accurata ricerca in enciclopedie e dizionari, il cui utilizzo non rappresenta indebito ricorso a scienza privata, senza trovare in essi la parola “pre-embrione” mai nemmeno menzionata. Un attento vaglio delle testimonianze e delle risultanze probatorie dà alla Corte ancor maggior sicurezza nell'affermare che quella tra “embrione” e “pre-embrione” è una falsa distinzione in questo procedimento [ibidem, traduzione mia²⁴²].

²⁴⁰ Testo originale:

“because he or she has no (observable) organs or nervous system, no body parts”.

²⁴¹ Testo originale:

“[U]pon fertilization, the entire constitution of the man is clearly, unequivocally spelled-out, including arms, legs, nervous systems and the like; [...] upon inspection via DNA manipulation, one can see the life codes for each of these otherwise unobservable elements of the unique individual”.

²⁴² Testo originale:

“The Court finds and concludes that the guidelines of the AFS do not serve as authority for this Court in making a determination of whether the seven human embryos in question are human beings, and concludes the term “preembryo” has arisen in this suit primarily because the AFS Committee chose that term to avoid the confusion for the purposes of its own guidelines. The Court has made a thorough search of encyclopedias and dictionaries of which the Court may take judicial notice and the Court can nowhere find the word “preembryo” defined nor can the Court find even a reference to that term. Careful scrutiny of the testimony and an exhibit at the trial gives the Court even greater assurance that the term “preembryo” serves as a false distinguishing term in this case”.

Il giudice si basa dunque sull'opinione dell'esperto Lejeune (descritto come un medico qualificato nonché eminente genetista²⁴³) per concludere che gli ovuli fecondati sono effettivamente embrioni umani e in quanto tali “esseri umani viventi”. Il giudice sottolinea che secondo il parere conforme di tutti gli esperti il mancato impianto entro due anni degli embrioni congelati ne determinerebbe la morte, ragione in più per ritenere che si tratti *già* di esseri umani viventi²⁴⁴; dunque è opportuno, in base alla dottrina del “best interest of the child”, che gli embrioni siano affidati alla signora Davis, affinché possa procedere all'impianto nell'utero. Infatti, osserva il giudice, l'interesse degli embrioni (descritti nella sentenza come “children *in vitro*”) non può che essere quello di avere almeno la speranza di rimanere in vita piuttosto che morire. Mai nella sentenza viene però apertamente affrontato il problema veramente rilevante: qual è la nozione di essere umano rilevante ai fini dell'applicazione della dottrina del “best interest of the child”? E perché? In che senso, per esempio, degli ovuli fecondati privi di cellule nervose possono essere considerati portatori di “interessi”?

Christine Overall, in un suo commento alla sentenza, osserva che il giudice incorre in una sorta di fallacia *ad verecundiam*: commette l'errore di attribuire alla testimonianza del dottor Lejeune autorevolezza in un campo, quello normativo, ben diverso rispetto a quello in cui è esperto:

Il giudice Young si fonda sostanzialmente sulla testimonianza di Jerome Lejeune, descritto come esperto mondiale in genetica umana. Non vi è invece nessuna indicazione del fatto che l'esperto abbia alcuna particolare competenza etica²⁴⁵ [Overall, 1995, p. 179, traduzione mia²⁴⁶]

Per altro verso, secondo Overall, l'errore del giudice può essere interpretato anche come una forma di equivocazione: un indebito salto logico tra la nozione biologica di essere umano vivente e la nozione normativa di persona, intesa come centro di imputazione di diritti:

L'uso del termine “umano” da parte del giudice Young innesca un'inconsapevole equivocazione: Young assume che dire che un'entità è umana, una classificazione di specie, sia equivalente a dire che è una persona, una classificazione morale [Overall, 1995, p. 180, traduzione mia²⁴⁷].

²⁴³ “An eminently qualified Medical Doctor, Doctor in Science, Professor of Fundamental Genetics and recognized throughout the world in his specialty, Human Genetics” [ibidem].

²⁴⁴ “[I]n order to die one must first live” [ibidem].

²⁴⁵ Né giuridica – potremmo aggiungere.

²⁴⁶ Testo originale:

“Judge Young draws extensively upon the testimony of Jerome Lejeune, described as a world-recognized expert in human genetics. No claim is made that Lejeune possesses any special ethical expertise”.

²⁴⁷ Testo originale:

4.6. La deferenza semantica come fallacia: indicazioni per il giudice (e per il programmatore di algoritmi giudiziari)

I giudici dovrebbero comprendere ciò che chiedono agli esperti. Solo questo può garantire una corretta divisione del lavoro linguistico ed epistemico nel processo. Non è necessario che comprendano del tutto ogni passaggio del ragionamento degli esperti né tantomeno che siano in grado di giustificarne in modo autonomo ogni inferenza²⁴⁸. Ma la mancata comprensione da parte del giudice dei quesiti che egli stesso pone rischia di innescare un errore di ragionamento che costituisce una minaccia per il principio di legalità. Se per esempio le condizioni di applicazione della capacità di intendere e volere sono fatte dipendere dai giudici da una nozione deferenziale di “patologia mentale”, trattata in sede giuridica come una sorta di *black box*, ciò significa che gli effettivi criteri alla base della sanzione penale risulteranno sottratti al dibattito giuridico e politico: non figureranno nelle motivazioni delle sentenze, non saranno oggetto di un controllo di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione, alla Corte Costituzionale o alla Corte europea dei diritti dell’uomo, e muteranno secondo dinamiche disomogenee²⁴⁹ e incontrollabili dal Parlamento. Maggiori saranno i margini di deferenza nell’applicazione di una determinata disposizione, maggiore sarà il rischio che rilevanti questioni di diritto siano erroneamente presentate come questioni di fatto e che la loro soluzione sia sottratta ad un controllo effettivo da parte delle istituzioni politiche e giurisdizionali.

Il diritto a volte richiede accertamenti complessi che possono essere compiuti solo attraverso una descrizione tecnica dei fatti. Altre volte nelle disposizioni giuridiche figurano termini oscuri che il giudice fatica ad interpretare in modo autonomo. Tuttavia, anche in questi casi, il giudice non può rinunciare alla comprensione. Il giudice deve comprendere sia l’enunciato che descrive il fatto concreto sia l’enunciato che specifica le condizioni alle quali il diritto subordina l’emanazione del

“Young's use of the term ‘human’ involves an unaware equivocation: He assumes that to say that a living entity is human, a species classification, is equivalent to saying that it is a person, a moral classification”.

²⁴⁸ Una caratteristica tipica delle inferenze tecniche è la loro incomprendibilità ai profani: lo abbiamo visto al paragrafo 3.4. del secondo capitolo.

²⁴⁹ La capacità di intendere e volere è un buon esempio di questo fenomeno perché, come ha notato Giovanni Fiandaca [2005, p. 20], il pluralismo scientifico nella definizione delle malattie mentali fa sì che uno stesso comportamento possa essere punito oppure no a seconda del tipo di esperto che è stato convocato. Peraltro, la concezione di malattia di un neurologo, di uno psichiatra, uno psicanalista lacaniano, o uno psicologo sistemico, behaviorista o gestaltico è diversa in quanto sono diversi gli interessi esplicativi alla base delle varie teorie di riferimento. La selezione di una accezione o un’altra di “malattia” in sede psicologica e psichiatrica non dipende tanto da una varietà di opinioni su chi debba essere punito o su chi debba essere considerato responsabile delle proprie azioni, ma di regola dal problema di chi debba o possa essere curato.

provvedimento. Infatti, il diritto è correttamente applicato solo se questi due enunciati esprimono la *medesima proposizione*: la proposizione che descrive il fatto concreto deve essere la stessa che figura come antecedente del giudizio condizionale che costituisce la premessa *in iure* del ragionamento. Se il soggetto deputato all'accertamento del fatto (l'esperto) e il soggetto deputato all'interpretazione del diritto (il giudice) sono diversi, occorre che i due dispongano di un linguaggio comune per verificare che la proposizione riconosciuta vera nel caso concreto e rilevante dal punto di vista giuridico sia la stessa.

Se ciò non accade, il circuito ermeneutico si spezza. Il diritto è applicato in modo meccanico e irrazionale, perché né il giudice né l'esperto hanno un vero controllo sul significato dell'attività giudiziaria che viene compiuta. Il giudice deferente applica il diritto come una macchina. Processa le informazioni in modo puramente sintattico e non semantico e "interpreta" il diritto nello stesso senso in cui l'uomo nella *Chinese room* "parla" il cinese. Ma non è davvero questo il problema. Se esistesse un giudice-robot dotato di intelligenza artificiale in senso debole capace di simulare perfettamente l'interpretazione del diritto da parte di soggetti umani, capace di fornire le stesse argomentazioni che un giudice fornisce e di scrivere le stesse sentenze, il suo funzionamento interno, puramente sintattico e non semantico, e la sua incapacità di comprendere il diritto in senso forte non ci preoccuperebbero. Il giudice replicante potrebbe facilmente coordinarsi con esperti replicanti e accertare forse meglio dei giudici umani i fatti sottoposti al suo giudizio.

Il problema del giudice deferente è che applica il diritto come una macchina che contiene errori di programmazione, incapace di riconoscere la potenziale discrasia tra il fatto accertato e il fatto ritenuto rilevante. Come sarebbe possibile risolvere il problema? Sarebbe possibile solo inserendo nel sistema un programma che sia in grado di garantire l'identità del fatto che si è riconosciuto come giuridicamente rilevante e del fatto che si è riconosciuto come effettivamente accaduto. La deferenza semantica impedisce al giudice di compiere questa semplice operazione e in questo modo fa venir meno qualsiasi forma di controllo razionale sulla norma che viene applicata.

In conclusione, per ricapitolare, se il giudice dà una descrizione deferenziale del fatto concreto nel sillogismo giudiziale è perché sta commettendo una di due fallacie:

Fallacia di equivocazione.

È la fallacia formale in base alla quale in un ragionamento deduttivo un medesimo termine utilizzato nella premessa maggiore e nella premessa minore assume un significato diverso. Il sillogismo appare così corretto solo grazie ad una ambiguità lessicale.

Fallacia ad verecundiam.

È la fallacia informale che consiste nell'invocare una credenza dell'esperto per presentare come fondata una conclusione estranea all'area di competenza dell'esperto.

Nel primo caso la deferenza semantica nella premessa minore determina equivocazione *in base al divieto di traduzione*: un termine utilizzato in modo semanticamente deferenziale non è, nell'idioletto del parlante non esperto, sinonimo di alcun termine utilizzato in modo non semanticamente deferenziale. Il giudice non sarà dunque in grado di mettere in relazione il termine deferenziale che ricorre nella descrizione della fattispecie concreta con la propria interpretazione del diritto applicabile.

Se p allora q

(p)_E

dunque: q.

Nel secondo caso, la deferenza semantica nella premessa minore determina una fallacia *ad verecundiam* in quanto, se il giudice non vuole incorrere in equivocazione, deve adottare una premessa maggiore in cui ricorre il termine semanticamente deferenziale.

Se (p)_E allora q

(p)_E

dunque: q.

Tuttavia, *in base all'obbligo di doppia deferenza*, il parlante deferente può impegnarsi rispetto all'enunciato in cui ricorre il termine semanticamente deferenziale solo in base ad un argomento d'autorità. Ma il perito chiamato coadiuvare il giudice nell'accertamento del fatto non può essere razionalmente invocato come autorità per l'individuazione del diritto applicabile.

CONCLUSIONI

In questo lavoro mi sono servito di alcuni strumenti teorici, tratti per lo più dalla filosofia della mente e del linguaggio, per dare un mio contributo alla discussione di un problema pratico. Come può il giudice servirsi del sapere tecnico degli esperti senza che questi usurpino il suo ruolo decisorio? Il giudice deve capire la deposizione dell'esperto per potersene servire? E se sì in che misura? Deve *essere educato* dall'esperto e acquisire da lui gli strumenti concettuali per risolvere il caso o può, a determinate condizioni, semplicemente *fidarsi*, accettando con deferenza le conclusioni da lui presentate?

Ho sostenuto che per affrontare queste domande è necessario fare una distinzione concettuale che normalmente è stata trascurata. Quando ci si chiede se il giudice debba *capire* le conclusioni dell'esperto ci si pone una domanda ambigua. Dato un enunciato *u* che esprime le conclusioni alle quali l'esperto è giunto, una cosa è capire *perché* *u* è vero e una cosa diversa è capire *che cosa significa* *u*, ossia qual è la proposizione *p* che *u* esprime. Una cosa è comprendere *perché*, un'altra è comprendere *che*.

La comprensione di *u* da parte del giudice nel primo senso non potrà che essere limitata: se il giudice per giustificare *u* dovesse avere una piena comprensione *delle ragioni* che per l'esperto sono alla base di *u* farebbe venire meno la stessa economia epistemica che giustifica l'intervento dell'esperto nel processo. Abbiamo bisogno di esperti proprio perché è possibile per noi, superato un certo vaglio di credibilità, *fidarci* di quanto ci dicono. Quanto questo vaglio di credibilità debba essere accurato, non può essere stabilito una volta per tutte in sede teorico-giuridica: dipende da scelte politiche del legislatore (come per esempio la definizione degli standard di prova e la conseguente distribuzione del rischio di errori giudiziari) e da dati contestuali (come per esempio il background del soggetto chiamato a decidere, le altre fonti di informazioni disponibili e il tempo assegnato alla trattazione della causa).

La comprensione di *u* nel secondo senso è invece un requisito imprescindibile perché il giudice possa servirsi in modo sensato del sapere tecnico dell'esperto nella sua decisione: se il giudice non coglie il senso della proposizione che l'esperto dichiara essere vera non può essere in grado di identificarne la rilevanza giuridica. Per indicare la rinuncia del giudice a comprendere determinati enunciati in questi due diversi sensi ho adottato le espressioni *deferenza epistemica* e *deferenza semantica*. C'è deferenza epistemica quando il giudice rinuncia a comprendere le ragioni alla base delle dichiarazioni

dell'esperto; c'è deferenza semantica quando il giudice rinuncia a identificare in modo autonomo il riferimento dei termini di cui l'esperto si serve. Mentre la deferenza epistemica è inevitabile, la deferenza semantica può essere evitata e *deve* assolutamente essere evitata in relazione agli enunciati chiave che descrivono i fatti che il giudice è chiamato a sussumere nelle norme applicabili.

Nel primo capitolo, cerco di spiegare in che senso la deferenza epistemica è inevitabile. Anche quanti propongono un modello di interazione tra giudici ed esperti improntato all'educazione anziché alla deferenza, come Ron Allen, non possono negare l'esistenza di una divisione del lavoro epistemico, nel processo, nelle varie discipline scientifiche e nella società in generale. Per quanto approfondito sia il vaglio critico al quale le dichiarazioni dell'esperto sono sottoposte, se questo vaglio critico ha esito positivo, il giudice si risolverà a *fidarsi* di ciò che l'esperto gli dice. Esiste un margine di deferenza inevitabile, almeno in questo senso:

Deferenza epistemica. S è epistemicamente deferente verso T nell'affermare u, se condiziona il suo impegno alla verità della proposizione espressa da u alla credenza che T accetti la proposizione espressa da u come vera.

Nel secondo capitolo, tento di individuare le peculiarità della deferenza epistemica verso gli esperti per distinguerla dalla deferenza epistemica verso i testimoni comuni.

Deferenza epistemica verso il testimone comune

S ha una ragione per credere p perché T ha asserito u
sul presupposto che p rappresenti un fatto particolare f e T abbia percepito f.

Deferenza epistemica verso l'esperto

S ha una ragione per credere p perché E ha asserito u
sul presupposto che p rappresenti un fatto generale F ed E conosca F
oppure
sul presupposto che p rappresenti un fatto particolare f, f sia implicato da F, ed E conosca F.

Sostengo che l'esperto assume nel processo un ruolo per certi versi intermedio tra il testimone comune e il giudice: come il testimone comune l'esperto ha il ruolo di informare il giudice circa la verità di determinate proposizioni, ma, come il giudice e a differenza del testimone, ha anche il ruolo di applicare al caso concreto delle regole inferenziali. Questo – ho sostenuto – vale sia per il cosiddetto perito deducente sia per il perito percipiente.

Il giudice non deve necessariamente avere accesso al contenuto proposizionale di tutte le regole inferenziali di cui l'esperto si è servito per giungere alle sue conclusioni, ma deve quantomeno comprendere il contenuto proposizionale delle conclusioni alle quali l'esperto è giunto. La deferenza epistemica del giudice incontra un limite invalicabile nella determinazione del significato dell'enunciato che deve essere provato. Poiché *frustra probatur, quod probatum non relevat*, tale determinazione è onere del giudice e non dell'esperto.

Nel terzo capitolo, discuto una serie di casi problematici che potrebbero far dubitare della correttezza della conclusione a cui sono giunto nel capitolo precedente, casi in cui la radicale distinzione delle competenze cognitive tra giudici ed esperti che ho delineato sembra venire meno.

In questi casi, il compito di accertare un fatto si confonde con quello di determinare l'estensione di un termine. Quando, per esempio, il giudice si rivolge ad un esperto per determinare se un determinato soggetto è "morto" o una certa sostanza è "tossica". Tento di sostenere che, anche in questi casi, il giudice deve mantenere la sua signoria sui criteri di applicazione dei termini che descrivono il fatto concreto. I criteri di cui le scienze si servono per descrivere generi naturali non necessariamente coincidono con i criteri che definiscono i fatti giuridicamente rilevanti, contrariamente a quanto si potrebbe ritenere applicando all'ambito giuridico in modo acritico le teorie esterniste del significato di Putnam e Kripke.

Nel quarto e ultimo capitolo, descrivo gli effetti negativi della deferenza semantica nel processo, adottando la seguente definizione.

Deferenza semantica. S è semanticamente deferente verso E nell'uso di w, se:

- 1) S si serve di w per riferirsi alla stessa classe di cose a cui E si riferisce servendosi di w;
- 2) S non conosce criteri fondamentali per identificare qualcosa come un'istanza di w.

La tesi che sostengo è che se il giudice è semanticamente deferente nell'uso di un termine nella descrizione del fatto sottoposto al suo giudizio rischia di incorrere in una particolare fallacia, che può essere descritta alternativamente o come una fallacia di equivocazione o una fallacia *ad verecundiam*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABBAGNANO, N., 1998, "Connotazione" in ABBAGNANO, N. e FORNERO, G. (cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino:

ADLER, J.E., 1994, "Testimony, Trust, Knowing" in *Journal of Philosophy*, vol. 91, n. 5, pp. 264-275.

ADLER, J.E., 2002, *Belief's Own Ethics*, Cambridge (USA): MIT Press.

ADLER, J.E., 2012, "Epistemological Problems of Testimony", in ZALTA, E. N. (cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultabile online all'URL:

<https://plato.stanford.edu/entries/testimony-episprob/> (ultima consultazione: giugno 2019).

ALLEN, R. J., 1994, "Expertise and the Daubert Decision", in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 84, n. 4, pp. 1157-1175.

ALLEN, R. J., 2013, "The Conceptual Challenge of Expert Evidence" in *Discusiones filosóficas*, vol. 14, n. 23, pp. 41-65.

ALLEN, R. J. e MILLER, J. S., 1993, "The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?", in *Northwestern University Law Review*, vol. 87, n. 4, pp. 1131-1147.

ALLEN, R. J. e NAFISI, E., 2010, "Daubert and its Discontents", in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 84, n. 4, pp. 1157-1175.

ALLEN, R.J. e PARDO, M.S., 2003: "The Myth of the Law-Fact Distinction", in *Northwestern University Law Review*, vol. 97, n. 4

ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., 2005, *Analysis of Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press.

ANTHONY, S., 2015, “The Creation of the Modern Laptop” in *Ars Technica*, consultabile online all’URL: <https://arstechnica.com/gadgets/2015/06/from-laptops-that-needed-leg-braces-to-laplets-engineering-mastery/> (ultima consultazione: giugno 2019).

ARTOSI, A., 2013, “Definire la morte. Un’indagine logico-filosofica” in *I-Lex*, vol. 18, pp. 77-98.

ARTOSI, A., 2016, “Ragionamento e persuasione nel diritto” in FARALLI, C. (cura di), *Argomenti di teoria del diritto*, Torino: Giappichelli.

ASGEIRSSON, H., “Can Legal Practice Adjudicate Between Theories of Vagueness?” in KEIL, G. e POSCHER, R. *Vagueness and Law Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, pp. 95-126.

AUSTIN, J.L., 1946, “Other minds” in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 148, pp. 148-187.

BACH, K., 2005, “The Emperor’s New ‘Knows’”, in PREYER, G. e PETER, G. (cura di), 2005, *Contextualism in Philosophy: Knowledge, Meaning, and Truth*, Oxford: Clarendon Press, pp. 51–89.

BALKO, R., 2019, “There’s overwhelming evidence that the criminal-justice system is racist. Here’s the proof”, in *Washington Post*, consultabile online all’URL: https://www.washingtonpost.com/news/opinions/wp/2018/09/18/theres-overwhelming-evidence-that-the-criminal-justice-system-is-racist-heres-the-proof/?utm_term=.7101ed88bb97 (ultima consultazione: giugno 2019).

BAUMEISTER, R., 2005, *The Cultural Animal. Human Nature, Meaning, and Social Life*, New York: Oxford University Press.

BIX, B., 1992, “Michael Moore’s Realist Approach To Law” in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 140, n. 4, pp. 1293-1331.

BIX, B., 2003, “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?” in *Ratio Juris*, vol. 16, n. 3, pp. 281-295.

BLAIOTTA, R. e CARLIZZI, G., 2019, “Libero, convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica” in *Prova scientifica e processo penale*, Milano: Cedam, pp. 367-488.

BOGEN, J., 2007, “Theory and Observation in Science” in ZALTA, E. N. (cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultabile online all’URL:
<https://plato.stanford.edu/entries/science-theory-observation/> (ultima consultazione: giugno 2019).

BOURGET, D. e CHALMERS, D., 2014, “What Do Philosophers Believe?” in *Philosophical Studies*, vol. 170, n.3, pp. 465-500.

BRANDON, R.B., 1994, *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (USA):Harvard University Press.

BREWER, S., “Expert Testimony and Intellectual Due Process” in *Yale Law Journal*, vol. 107, n. 6, pp. 1535-1681.

BRINK, D.O., 1988, “Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review” in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, n. 2, pp. 105-148.

BRINK, D.O., 1989a, “Legal positivism and natural law reconsidered, again” in *Canadian Journal of law and jurisprudence*, vol. 2, n. 2, pp. 171-174.

BRINK, D.O., 1989b: “Semantics and legal interpretation (further thoughts)” in *Canadian Journal of law and jurisprudence*, vol. 2, n. 2, pp. 181-191.

BRINK, D.O., 2001, “Legal interpretation, objectivity and morality” in LEITER, B., *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 12-65.

BURGE, T., 1979, “Individualism and the Mental” in *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 4, n. 1, pp. 73-122.

BURGE, T., 1995, “Content Preservation” in *Philosophical Issues*, vol. 6, n. 4, pp. 271-300.

BURGE, T., 1997, "Interlocution, Perception, and Memory" in *Philosophical Studies*, vol. 86, n. 1, pp. 21-47.

BURNETT, D. G., 2007, *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature*, Princeton: Princeton University Press.

CALAMANDREI, P., 1954, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Padova: Cedam.

CALOGERO, G., 1964, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova: Cedam.

CANALE, D., 2013, "Il ragionamento giuridico" in PINO, G., SCHIAVELLO, A. e VILLA, V., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo. Estratto*, pp. 195-228.

CANALE, D., 2015, "Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico", in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 4, n. 3. (numero speciale), pp. 93-123.

CANALE, D. e TUZET, G., 2019, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino: Giappichelli.

CAPRIOLI, F., 2008, "La scienza 'cattiva maestra': le insidie della prova scientifica nel processo penale" in *Cassazione penale*, vol. 48, n. 9, pp. 3520-3538.

CAPRIOLI, F., 2009, "L'accertamento della responsabilità penale 'oltre ogni ragionevole dubbio'" in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, vol. 52, n. 1. pp. 51-92.

CAPRIOLI, F., 2017, "Verità e giustificazione nel processo penale" in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1. pp. 317-342.

CARNELUTTI, F., 1992, *La prova civile. Parte generale. Il concetto della prova*, Milano: Giuffrè.

CAROFIGLIO, G., 2007, *L'arte del dubbio*, Palermo: Sellerio.

CARROLL, L., 2009, *Alice's Adventures in Wonderland and Through the Looking-Glass*, Oxford: Oxford University Press.

CARROLL, S., HENSLER D., GROSS. J., SLOSS, E., SCHONLAU, M. ABRAHAMSE, A., ASCHWOOD, S., 2005, *Asbestos litigation*, Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice.

CARROLL, L. e MONDRICK, M.E., 1976, "Racial Bias in the Decision to Grant Parole" in *Law and Society Review*, vol. 11, n. 1, pp. 93-107.

CARPONI SCHITTAR, D., 2001, *Modi dell'esame e del controesame*, Milano: Giuffrè.

CASALEGNO, P., 2005, *Filosofia del linguaggio. Un'introduzione*, Roma: Carocci.

CATERINA, R., 2011, *Storie di locazioni e fantasmi*, Catanzaro: Rubettino.

CAUDILL D.S. e LARUE, L.H., 2006, *No Magic Wand: The Idealization of Science in Law*, Lanham: Rowman and Littlefield.

CHALMERS, D., 2002a, "The Components of Content (revised version)", in CHALMERS, D. (cura di), *Philosophy of Mind: Classical and Contemporary Readings*, Oxford: Oxford University Press, pp. 608-633.

CHALMERS, D., 2002b, "On Sense and Intension" in *Philosophical Perspectives*, vol. 16, pp. 135-182.

CHALMERS, D., 2003, "The Nature of Narrow Content" in *Philosophical Issues*, Vol. 13, n. 1, pp. 46-66.

CHALMERS, D., 2012, *Constructing the World*, Oxford: Oxford University Press.

CHAVEAU, A. e HÉLIE, F., 1845, *Théorie du Code Pénale, Tome I*, Bruxelles: Meline, Cans, et Compagnie, consultabile online all'URL:

<https://books.google.je/books?id=jItDRFpYmroC&printsec=frontcover&hl=it#v=onepage&q&f=false> (ultima consultazione: giugno 2019).

CHENG E. e YOON A. H., 2005, “Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards” in *Virginia Law Review*, vol. 1, n. 2., pp. 471-513.

CHOMSKY, N., 1995, “Language and Nature” in *Mind*, vol. 104, n. 413, pp. 1-61.

CLARK, A., 1997, *Being There. Putting Brain, Body, and World Together Again*, Cambridge (USA): MIT Press.

CLARK, A. e CHALMERS, D., 1998, “The Extended Mind” in *Analysis* vol. 58, n. 1, pp. 7-19.

COADY, C.A.J., 1994a, *Testimony. A Philosophical Study*, Oxford: Clarendon Press.

COADY, C.A.J., 1994b, “Testimony, Observation and ‘Autonomous Knowledge’” in MATILAL, B.K. e CHAKRABARTI, A. (cura di), *Knowing from Words. Western and Indian Philosophical Analysis of Understanding and Testimony*. Dordrecht: Springer, pp. 225-250.

COHEN, L. J., 1977, *The Probable and the Provable*, Oxford: Oxford University Press.

COHEN, S., 1999, “Contextualism, Skepticism, and The Structure of Reasons” in *Philosophical Perspectives 13: Epistemology*, pp. 57–89.

COLE, D., 2001, “The Chinese Room Argument” in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* in ZALTA, E.N. (cura di) URL: <https://plato.stanford.edu/entries/chinese-room/> (ultima consultazione: giugno 2019).

COLLINS, H. e EVANS, R., 2007, *Rethinking Expertise*, Chicago: The University of Chicago Press.

COPI, I.M., COHEN, C. e MCMAHON, 2014, *Introduction to Logic*, Londra: Perarson.

CORDERO, F., 2006, *Procedura penale*, Milano: Giuffrè.

CORTELLAZZO, M., 1994, *Le lingue speciali. La dimensione verticale*, Padova: UP.

- CRAIG, E., 1990, *Knowledge and the State of Nature*, Oxford: Oxford University Press.
- D'AGOSTINI, F., 2010, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino: Bollati Boringhieri.
- DAMAŠKA, M., 1991, *Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press.
- DAMAŠKA, M., 1995, "Free Proof and Its Detractors" in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, n. 3, pp. 343-357.
- DAMAŠKA, M., 2003, *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. it., Bologna: Il mulino.
- DAVIS, S., 2000, "Social Externalism and Deference" in SPERBER, D. (cura di), 2000, *Metarepresentation. A Multidisciplinary Perspective*, Oxford: Oxford University Press, pp. 361-388.
- DE BRABANTER, PH., 2006, "Déférence Sémantique" in PERRIN, L. (cura di), 2006, *Le sens et ses voix. Dialogisme et polyphonie en langue et en discours*, Metz: Université Paul Verlaine, pp.379-406.
- DE BRABANTER, PH., NICOLAS, D., STOJANOVIC, I. VILLANUEVA, N., 2007, "Les usages déférentiels" in BOUVIER, A. e CONEIN, B. , L. (cura di), 2007, *L'épistémologie sociale. Une théorie sociale de la connaissance*, Parigi: Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, pp.139-162.
- DEL MAR, M., 2015, "Introducing Fictions: Examples, Functions, Definitions and Evaluations" in *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, pp. ix-xxvi, Berlino: Springer.
- DI RENZO VILLATA, M.G., 2011, "Il processo agli untori di manzoniana memoria (ovvero... due volti dell'umana giustizia" in *Acta Historiae*, vol. 19, n. 3, pp. 419-452.
- DIXON, L. e GILL, B., 2001, *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*, Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice.

DONNELLAN, K., 1993, "There Is a Word for that Kind of Thing: An Investigation of Two Thought Experiments" in *Philosophical Perspectives*, vol. 7, pp. 155-171.

DUMMETT, M., 1994, "Testimony and Memory" in MATILAL, B.K. e CHAKRABARTI, A. (cura di), *Knowing from Words. Western and Indian Philosophical Analysis of Understanding and Testimony*. Dordrecht: Springer, pp. 251–272.

DWYER, D., 2005, "What Does it Mean to Be Free?: The Concept of Free Proof in the Western Legal Tradition" in *International Commentary on Evidence*, vol. 3, n. 1, pp.

DWYER, D., 2008, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, New York: Cambridge University Press.

ECO, U., 1975, *Trattato di semiotica generale*, Milano: Bompiani.

ECO, U., 2003, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano: Bompiani.

ENDICOTT, T., 1998, "Questions of Law" in *Law Quarterly Review*, vol. 114, pp. 292-321.

ENGELHARDT, Hugo Tristram, 1996, *The Foundations of Bioethics. Second Edition*, Oxford University Press USA: New York.

EVANS, G., 1982, *The Varieties of Reference*, Oxford: Clarendon Press.

FAIGMAN, D.L., 1999, *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, New York: W.H. Freeman and Company.

FAIGMAN, D. L., 2000, "Lecture. Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law" in *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 2, n. 2, art. 3.

FAULKNER, 1998, "David Hume's Reductionist Epistemology of Testimony" in *Pacific Philosophical Quarterly*, , vol. 79, n. 4, pp. 302-313.

- FERRAJOLI, L., 1989, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari: Laterza.
- FERRARIS, M., 2007, “Documentalità. Ontologia del mondo sociale” in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, vol. 9, n. 2, pp. 240-329.
- FERRARIS, M., 2009, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Bari: Laterza.
- FERRER BELTRÁN, J., 2005, *Prueba y verdad en el derecho. Segunda Edición*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2006: “Legal Proof and Fact Finder’s Belief” in *Legal Theory*, vol. 12, n. 4, pp. 293-314.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2013, “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana” in VÁZQUEZ ROJAS, C. (cura di), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, pp. 21-37.
- FERRER BELTRÁN, J., 2014, “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil” in PAPAYANNIS, D.M. (cura di), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J., 2018, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, dattiloscritto presentato al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.
- FETERIS, E., 1999, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories of Judicial Decisions*, Dordrecht: Springer.
- FIANDACA, G., 2005, “Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale” in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 5/2005, pp. 7-23.
- FISCHER, J. e HINDE, R.A., 1949, “The Opening of Milk Bottles by Birds” in *British Birds* vol. 42, pp. 347-357.

- FISCHER, J. e HINDE, R.A., 1951, "Further Observations on Opening of Milk Bottles by Birds" in *British Birds*, vol. 44, pp. 306-311.
- FLANAGAN, B., 2010, "Revisiting the Contribution of Literal Meaning to Legal Meaning" in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n. 2, pp. 255–271.
- FLORIAN, E., 1961, *Delle prove penali. Terza edizione.*, Varese-Milano: Istituto Editoriale Cisalpino.
- FODOR, J., 1994, *The Elm and the Expert: Mentalese and Its Semantics*, Cambridge (USA): MIT Press.
- FODOR, J., 1998, *Concepts. Where Cognitive Science Went Wrong*, Oxford: Clarendon Press.
- FOLEY, R., 1994: "Egoism in Epistemology" in SCHMITT, F. (cura di), *Socializing Epistemology*, Boston: Rowman and Littlefield.
- FOSTER, K. R. e HUBER, P. W., 1999, *Judging Science: Scientific Knowledge and the Federal Courts*, Cambridge (USA): MIT Press.
- FOUCAULT, M., 2012, *Les anormaux. Cours année 1974-1975*, Gallimard: Paris.
- FREGE, G., 2003, "Senso e significato" in IACONA, A. e PAGANINI, E. (cura di), Milano: Raffaello Cortina, pp. 15-42.
- FRICKER, E., 1987, "The Epistemology of Testimony" in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 61, pp. 57-83.
- FRICKER, E., 1994 , "Against Gullibility" in MATILAL, B.K. e CHAKRABARTI, A. (cura di), *Knowing from Words. Western and Indian Philosophical Analysis of Understanding and Testimony*. Dordrecht: Springer, pp. 125-161.

FRICKER, E., 1995, "Telling and Trusting: Reductionism and Anti-reductionism in the Epistemology of Testimony" in *Mind*, vol. 104, n. 414, pp. 393-411.

FRICKER, E., 2008, *Learning From Words*, Oxford: Oxford University Press.

GADAMER, G., 2000, *Verità e metodo*. Traduzione italiana di G. Vattimo, Milano: Bompiani.

GALLIE, W.B., 1956, "Essentially Contested Concepts" in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, pp. 167-198.

GALLAGHER, S., 2013, "The Socially Extended Mind" in *Cognitive Systems Research*, Vol. 25-26, pp. 4-12.

GARBOLINO, P., 2014, *Probabilità e logica della prova*, Milano: Giuffrè.

GASCÓN ABELLÁN, M., 2010, *Los hechos en el derecho*, Madrid: Marcial Pons.

GASCÓN ABELLÁN, M., 2012, *Cuestiones probatorias*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GASCÓN ABELLÁN, M., 2013, "Prueba científica. Un mapa de retos" in VÁZQUEZ ROJAS, C. (cura di), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons, pp. 181-201.

GASCÓN ABELLÁN, M., 2016, "Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)" in *Doxa*, n. 39, pp. 347-365.

GASCÓN ABELLÁN, M., 2018, "Prevention and Education: The Path for Better Forensic Science and Evidence", dattiloscritto presentato al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.

GETTIER, E., 1963, "Is Justified True Belief Knowledge?" in *Analysis*, Vol. 23, N. 6., pp. 121-123.

GINET, C., 1975, *Knowledge, Perception, and Memory*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

GOLAN, T., 2005, *Laws of Men and Laws of Nature. The History of Scientific Expert Testimony in England and America*, Cambridge (USA): Harvard University Press.

GOLAN, T., 2008, "Revisiting the History of Scientific Expert Testimony" in *Brooklyn Law Review*, vol. 73, n. 1, pp. 879-942.

GOLDBERG, S., 2006, "Reductionism and the Distinctiveness of Testimonial Knowledge" in LACKEY, J. e SOSA, E. (cura di), *The Epistemology of Testimony*, Oxford: Oxford University Press, pp. 145-159.

GOLDBERG, S., 2009, "Experts, Semantic and Epistemic" in *Noûs*, vol. 43 n. 4, pp. 581-598.

GOLDMAN, A.I., 1991, "Epistemic Paternalism: Communication Control in Law and Society" in *The Journal of Philosophy*, vol. 88, n. 3, pp. 113-131.

GOLDMAN, A.I., 1999, *Knowledge in a Social World*, Cambridge (USA): Harvard University Press.

GOLDMAN, A.I., 2001, "Experts: Which Ones Should You Trust?" pp.109-136 in GOLDMAN, A. I. e WHITCOMB, D.(cura di), 2011, *Social Epistemology. Essential Readings*, Oxford: Oxford University Press.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003, "Hechos y argumentos" in *Jueces para la democracia*, n. 46, pp. 17-26.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima: Palestra Temis.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2018, "Prueba y argumentación. (¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba)", presentato al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.

GOODWIN, J., 1998, "Forms of Authority and the Real 'Ad Verecundiam'" in *Argumentation*, vol. 12, n. 2, pp. 267-280.

GREEN, M. D., 1996, *Bendectin and Birth Defects. The Challenges of Mass Toxic Substances in Litigation*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

GUASTINI, R., 2004, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano: Giuffrè.

GUASTINI, R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.

GULOTTA, G., 2011, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*, Milano: Giuffrè.

HAACK, S., 1993, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford: Blackwell Publishers.

HAACK, S., 2008, "Proving causation: The holism of warrant and the atomism of Daubert" in *Journal of Health and Biomedical Law*, vol. 4, n. 2, pp. 253-289.

HAACK, S., 2010, "Federal Philosophy of Science: A Deconstruction – And a Reconstruction" in *New York University Journal of Law and Liberty*, Vol. 5, No. 2, pp. 394-439.

HAACK, S., 2012, "Six Signs of Scientism" in *Logos & Episteme*, III, n. 1, pp. 75-95.

HAACK, S., 2013: "El probabilismo jurídico, una disensión epistemológica" in VÁZQUEZ, C. (cura di), 2013, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid: Marcial Pons, pp. 65-98.

HAMBLIN, C. L., 1970, *Fallacies*, Londra: Methuen.

HAND, L., 1901, "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony" in *Harvard Law Review*, vol. 15, n. 1, pp. 40-58.

HARARI, Y. N., 2011, *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Londra: Vintage.

- HARDWIG, J., 1985 , “Epistemic Dependence” in *The Journal of Philosophy*, vol. 82, n. 7, pp. 335-349.
- HARDWIG, J., 1991 , “The Role of Trust in Knowledge” in *The Journal of Philosophy* , vol. 88, No. 12, pp. 693-708.
- HARMAN, G., 1965, “The Inference to the Best Explanation” in *Philosophical Review*, vol. 74 n. 1, pp. 88-95.
- HELLAND E. e KLICK J., 2012, “Does Anyone Get Stopped at the Gate? An Empirical Assessment of the Daubert Trilogy in the States” in *Supreme Court Economic Review*, vol. 20, n. 1, pp. 1-33.
- HIBBEN, J.G., 1905, *Logic. Inductive and Deductive*, New York: C. Scribner's Sons.
- HO, HOCK LAI, 2008, *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HO, HOCK LAI, 2015, “The Legal Concept of Evidence” in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* in ZALTA, E. N. (cura di) URL: <https://plato.stanford.edu/entries/evidence-legal/> (ultima consultazione: giugno 2019).
- HUBER, P., 1991, *Galileo’s Revenge. Junk Science in the Courtroom*, New York: Basic Books.
- HUME, D., 2007, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Oxford: Oxford University Press.
- IACONA, A., 2010, *L’argomentazione*, Torino: Einaudi.
- INSOLE, CH.J., “Seeing Off the Local Threat to Irreducible Knowledge by Testimony” in *Philosophical Quarterly*, vol. 50, n. 198, pp. 44–56.
- JASANOFF, SH., 1995, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge (USA): Harvard University Press.
- JASANOFF, SH., 2005, “Law’s Knowledge: Science for Justice in Legal Settings” in *Public Health Matters*, vol. 95, n. 1, pp. 49-58.

KAPLAN, D., 1989a, “Demonstratives” in ALMOG, J., PERRY, J. e WETTSTEIN, H., *Themes from Kaplan*, Oxford: Oxford University Press, pp. 481-563.

KAPLAN, D., 1989b, “Afterthoughts” in ALMOG, J., PERRY, J. e WETTSTEIN, H., *Themes from Kaplan*, Oxford: Oxford University Press, pp. 565–614.

KEIL, F.C., 2005, “The Cradle of Categorization: Supporting Fragile Internal Knowledge Through Commerce with Culture and the World” in AHN, W.K., GOLDSTONE, R.L., LOVE, B.C., MARKMAN, A. e WOLFF, P. (cura di), *Categorization Inside and Outside the Laboratory: Essays in Honor of Doug Medin*, Washington: American Psychological Association, pp. 289-302.

KELSEN, H., 1966, *La dottrina pura del diritto*. Traduzione italiana di M. Losano, Torino: Einaudi.

KELSEN, H., 1952, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Traduzione italiana di M. Losano, Torino: Einaudi.

KRIPKE, S., 1980, *Naming and Necessity*, Oxford: Blackwell.

KUTCHER, J.S., ENGLE, A., FIRTH, J., LAMM, S.H., 2011, “Bendectin and Birth Defects II: Ecological Analyses” in *Birth Defects Research*, vol. 67, pp. 88-97.

LACKEY, J., 2008, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, Oxford: Oxford University Press.

LALAND, K. e BENNETT, G., 2009, *The Question of Animal Culture*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

LALUMERA, E., 2009, *Cosa sono i concetti*, Bari: Laterza.

LAKOFF, G., 2005, “A Cognitive Scientist Looks at *Daubert*” in *American Journal of Public Health Supplement*, vol. 95, n. 1, pp. 114-120.

LANDAUER, Th., 1986, “How much Do People Remember? Some Estimates of the Quantity of Learned Information in Long-term Memory” in *Cognitive Science. A Multidisciplinary Journal*, vol. 10 issue 4, pp. 477-493.

LAUDAN, L., 2006, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, New York: Cambridge University Press.

LAUDAN, L., 2013, “La elemental aritmética epistémica del derecho II: Los inapriados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal” in in VÁZQUEZ, C. (cura di), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid: Marcial Pons.

LAWSON, R., 2006, “The Science of Cycology: Failures to Understand how Everyday Objects Work” in *Memory & Cognition*, vol. 34 n. 8, pp. 1667-1675.

LEEFMAN, J. e LESLE, S., 2018, “Knowledge from scientific expert testimony without epistemic trust” in *Synthese*, consultabile online all’URL: <https://doi.org/10.1007/s11229-019-02284-9> (ultima consultazione: giugno 2019).

LEITER, B., 2017, “Naturalism in Legal Philosophy” in ZALTA, E. N. (cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultabile online all’URL: <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-naturalism/> (ultima consultazione: giugno 2019).

LEFEBVRE, L., 1995, “The Opening of Milk Bottles by Birds: Evidence for Accelerating Learning Rates, but Against the Wave-of-Advance Model of Cultural Transmission” in *Behavioural Processes*, vol. 34, n. 1, pp. 43-53.

LEHRER, K., 2006, “Testimony and Trustworthiness” in LACKEY, J. e SOSA, E. (cura di), *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, pp. 145-159.

LEMPERT, R. O., GROSS, S. e LIEBMAN J.S., 2000, *A Modern Approach to Evidence: Text, Problems, and Transcripts*, Saint Paul, MN: West Publishing Company.

LEWIS, D., 1997, “Naming the Colours” in *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 75, n. 3, pp. 325-342.

- LIPTON, P., 1998, "The Epistemology of Testimony" in *Studies in History and Philosophy of Science*, vol. 29, n. 1, pp. 1-31.
- LUDWIG, D., 2016, "Ontological Choices and the Value-Free Ideal" in *Erkenntnis* vol. 81, pp. 1253–1272.
- LUTZ,, D.R. e KEIL, F.C., 2002, "Early understanding of the division of cognitive labor" in *Child Development*, vol. 73, pp. 1073-1084.
- LYONS, J., 1997, "Testimony, Induction and Folk Psychology" in *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 75, pp. 163-178.
- MACCORMICK, N., 1992, "Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems" in *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 4, n. 14, pp. 181-202.
- MANES, V., 2005, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino: Giappichelli.
- MARCONI, D., 1999a, *La competenza lessicale*, Bari: Laterza.
- MARCONI, D., 1999b, *La filosofia del linguaggio. Da Frege ai nostri giorni*, Torino: Utet.
- MARCONI, D., 2005, "Contro la mente estesa" in *Sistemi intelligenti*, n. 3, vol. 17, pp. 389-398.
- MARCONI, D., 2007, *Per la verità: Relativismo e filosofia*, Torino: Einaudi.
- MARCONI, D., 2012, "Semantic Normativity, Deference and Reference" in *Dialectica*, vol. 66, n. 2, pp. 273–287.
- MARMOR, A., 2014, *The Language of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MARTÍ, G., 2015, "Reference Without Cognition", in BIANCHI, A. (cura di), *On Reference*, pp. 77-92.

MENIKOFF, J., 2002, *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington: Georgetown University Press.

MILL, J.S., 1974, *A System of Logic. Ratiocinative and Inductive. Books I-III*, Toronto: University of Toronto.

MILLIKAN, R. G., 2001, *Language, Thought and Other Biological Categories*, MIT Press: Cambridge (USA).

MILLS, C.M. e KEIL, F.C., 2004, "Knowing the limits of one's understanding: The development of an awareness of an illusion of explanatory depth" in *Journal of Experimental Child Psychology*, vol. 87, pp. 1-32.

MNOOKIN, J. L., 2008, "Of Black Boxes, Instruments, and Experts: Testing the Validity of Forensic Science" in *Episteme. A Journal of Social Epistemology*, vol. 5, n. 3, pp. 343-358.

MONTIEL, J.P. e RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2010, "De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal" in *InDret*, n. 1/2010. pp. 1-27, consultabile online all'URL: <http://www.indret.com/pdf/691.pdf> (ultima consultazione: giugno 2019).

MOORE, G. E., 1953, *Some Main Problems of Philosophy*, Londra: Unwin.

MOORE, M.S., 1985, "A Natural Law Theory of Interpretation" in *Southern California Law Review*, vol. 58, pp. 277-398.

MOORE, M., 1989, "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?" in *Stanford Law Review*, vol. 41, n. 4, pp. 871-957.

MOORE, M.S., 2002, "Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology" in *Law and Philosophy*, vol. 21, n. 6, pp. 619-705.

MOORE, M.S., 2003, “The Plain Truth about Legal Truth” in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, n. 1, pp. 23-47.

MOORE, M.S., 2016, “Semantics, Metaphysics, and Objectivity in Law” in KEIL, G. e POSCHER, R. *Vagueness and Law Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, pp. 127-160.

MORESO, J.J., 2010, “Tomates, hongos y significado jurídico” MORESO, J.J., PRIETO SANCHÍS, L. e FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, pp. 15-47.

MORESO, 2015, “Los límites de la tesis de la incorporación” in *Doxa*, n. 38, pp. 265-282.

MORTARA GARAVELLI, B., 2001, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino: Einaudi.

NANCE, D.A., 2016, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge: Cambridge University Press.

O’NEIL, C., 2016, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York: Broadway Books.

ORIGGI, G., 2004, “Croyance, déférence et témoignage” in Pacherie E. e Proust J. (cura di), *La Philosophie cognitive*, Éditions Ophrys, Paris, p. 167-183.

ORIGGI, G., 2005, “What Does it Mean to Trust In Epistemic Authority?” in *Columbia University Academic Commons*, <http://doi.org/107916/D80007FR> (ultimo accesso: giugno 2018).

ORLANDI, R., 2007, “L’attività argomentativa delle parti nel dibattito penale” in FERRUA, P., GRIFANTINI, F.M., ILLUMINATI, G., ORLANDI, R., *La prova nel dibattito penale*, Torino: Giappichelli, pp. 3-69.

- OVERALL, C., 1995, "Frozen Embryos and 'Fathers' Rights': Parenthood and Decision-Making in the Cryopreservation of Embryos" in CALLAHAN, J.C. (cura di), *Reproduction, Ethics, and the Law. Feminist Perspectives*, pp. 178-195, Indiana University Press: Bloomington e Indianapolis.
- OWENS, D., 2000, *Reason without Freedom: The Problem of Epistemic Normativity*, Londra: Routledge.
- OWENS, D., 2006, "Testimony and Assertion" in *Philosophical Studies*, vol. 130, n. 1, pp. 105–129.
- PARDO, M.S. e ALLEN, R.J., 2008, "Juridical Proof and the Best Explanation", in *Law and Philosophy*, vol. 27, n. 3, pp. 223-268.
- PARDO, M.S., PATTERSON, D. e MORATTI, S., 2014, "The Gathering and Use of Neuroscientific Evidence in Criminal Trials in the United States. Compatibility with the 4th and 5th Amendments and with Due Process" in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. 3, numero speciale, pp. 41-67.
- PASTORE, A., 1998, *Il medico in tribunale. La perizia medica nella procedura penale di antico regime (secoli XVI-XVIII)*, Bellinzona: Casagrande.
- PASTORE, A. e ROSSI, (cura di), 2008, *Paolo Zacchia. Alle origini della medicina legale 1584-1659*, Milano: Franco Angeli.
- PATTERSON, D., 1996, *Law and Truth*, Oxford: Oxford University Press.
- PESSIN, A. e GOLDBERG, S. (cura di), 1996, *The Twin Earth Chronicles: Twenty Years of Reflection on Hilary Putnam's "The Meaning of 'Meaning'"*, New York: M. E. Sharpe.
- PHILIPS I., 2014, "Cetacean Semantics: A Reply to Sainsbury" in *Analysis*, vol. 74, n. 3, pp. 379-382.
- PLANTINGA, A., 1993, *Warrant and Proper Function*, Oxford: Oxford University Press.
- PLATONE, 2000, *Tutti gli scritti*. A cura di G. Reale, Milano: Bompiani.

- POSNER, R., 1999, "An Economic Approach to the Law of Evidence" in *Stanford Law Review*, vol. 51, n. 6, pp. 1477-1546.
- POLANYI, M., 1962, *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, Londra: Routledge.
- POLANYI, M. e PROSCH, H., 1975, *Meaning*, Chicago: University of Chicago.
- PUTNAM, H., 1975, "The Meaning of 'Meaning'" in ID., 1975, *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, pp. 215-271, Cambridge University Press: Cambridge.
- PUTNAM, H., 2013, "The Development of Externalist Semantics" in *Theoria*, vol. 79, n. 3, pp. 192-203.
- QUINE, W.V.O., 1969, "Ontological Reativity" in ID., *Ontological Reativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press, pp. 26-68.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2015a, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia sobre el derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L., 2015b, "Vaguedad, ambigüedad y cadenas de comunicación" in *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, vol. 2, n. 1, pp. 65-82.
- RAVÀ, A., 1911, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari: Dessì.
- RECANATI, F., 1997, "Can We Believe What We Do Not Understand?" in *Mind and Language*, vol. 12, n. 1, pp. 84-100.
- RECANATI, F., 2000a, "Deferential Concepts. A Response to Woodfield" in *Mind and Language*, vol. 15, n. 4, pp. 452-464.
- RECANATI, F. 2000b, *Oratio Obliqua, Oratio Recta. An Essay on Metarapresentation*, Cambridge (USA): MIT Press.

- RECCHIONE, S., 2013, “La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l’intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l’utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni ‘de relato’” in *Diritto penale contemporaneo*, consultabile online all’URL:
<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1383780942RECCHIONE%202013b.pdf> (ultima consultazione: giugno 2019).
- RECCHIONI, S., 2015, *Diritto processuale cautelare*, Torino: Giappichelli.
- ROBISON, W.L., 1995, “Frozen Embryos and Frozen Concepts” in HUMBER, J.L. e ALMENDER, R.F. (cura di), *Bioethics and the Fetus. Medical, Moral and Legal Issues*, New York: Springer, pp. 59-88.
- ROSEFELDT, T., 2004, “Is Knowing-How Simply a Case of Knowing-That?” in *Philosophical Investigations*, vol. 27, pp. 370-379.
- ROSS, A., 1986, “Why Do We Believe What We Are Told?” in *Ratio*, vol. 28, n. 1, pp. 69-88.
- ROZENBLIT, L. e KEIL, F.C., 2002, “The Misunderstood Limits of Folk Science: An Illusion of Explanatory Depth” in *Cognitive Science*, issue 26, pp. 521-562.
- RUSSELL, B., 1911, “Knowledge by acquaintance and knowledge by description” in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 11, pp. 108-128.
- RYLE, G., 1945, “Knowing How and Knowing That: The Presidential Address” in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 46, pp. 1-16.
- RYLE, G., 2009, *The Concept of Mind*, Londra: Routledge.
- RYNSIEW, P., 2000, “Testimony, Simulation, and the Limits of Inductivism” in *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 78, pp. 269-274.
- RYNSIEW, P., 2016, “Epistemic Contextualism” in ZALTA, E. N. (cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultabile online all’URL:
<https://plato.stanford.edu/entries/contextualism-epistemology/> (ultima consultazione: giugno 2019).

SACCHETTO, M., 1998, "Essenza" in ABBAGNANO, N., 1998, *Dizionario di filosofia*, Torino: Utet.

SACCHI, E., 2013, *Linguaggio e pensiero. Una introduzione alla teoria del contenuto*, Liguori: Napoli.

SAINSBURY, M., 2014, "Fishy Business" in *Analysis*, vol. 74, n. 1, pp. 3-5.

SANDERS, J., 1992, "The Bendectin Litigation: A Case Study in the Life Cycle of Mass Torts" in *Hastings Law Journal*, vol. 43, n. 2, pp. 301-418.

SCHIAPPA, E., 2003, *Defining Reality. Definitions and the Politics of Meaning*, Carbondale: Southern Illinois University Press.

SCHUCK, P., 1986, *Agent Orange on Trial: Mass Toxic Disasters in the Courts*, Cambridge (USA): Belknap Press.

SCHWEITZER, N.J. e SAKS, M.J., 2007, "The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects Public Expectations About Real Forensic Science" in *Jurimetrics*, vol. 47, n. 3, p. 357-364.

SCHWITZGEBEL, E., 2015, "Belief" in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* in ZALTA, E. N. (cura di) URL: <https://plato.stanford.edu/entries/belief/> (ultima consultazione: giugno 2019).

SEARLE, J.R., 1969, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.

SEARLE, J.R., 1979, *Expression and Meaning*, Cambridge: Cambridge University Press.

SEARLE, J.R., 1983, *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge: Cambridge University Press.

SEARLE, J.R., 1984, *Minds, Brains and Science*, Cambridge (USA): Harvard University Press.

SEARLE, J., 2015, *Seeing Things as They Are*, Oxford: Oxford University Press.

SEARLE, J.R. e VANDERVEKEN, D., 1988, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge: Cambridge University Press.

SIMON, M.S., 1991, “‘Honey, I Froze the Kids’: *Davis v. Davis* and the Legal Status of Early Embryos” in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 23, n. 1, pp. 131-154.

SLOMAN, S. e FERNBACH, PH., 2017, *The Knowledge Illusion. Why We Never Think Alone*, New York: Riverhead Books.

SOAMES, S., 2005, *Reference and Description: The Case Against Two-Dimensionalism*, Princeton: Princeton University Press.

SOAMES, S., 2009, *Philosophical Essays. Volume I. Natural Language: What It Means and How We Use It*, Princeton: Princeton University Press.

SOSA, E., 2006, “Knowledge: Instrumental and Testimonial” in LACKEY, J. e SOSA, E. (cura di), *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, pp. 116-123.

SPERBER, D., 1985, *On Anthropological Knowledge*, Cambridge University Press: Cambridge.

STAVROPOULOS, N., 1996, *Objectivity in Law*, Oxford: Clarendon Press.

STEIN, F., 1893, *Das Private Wissen des Richters*, Lipsia: C.L. Hirachfeld, consultabile online all'URL:

<https://archive.org/details/dasprivatewissee00steigoog/page/n6> (ultima consultazione: giugno 2019).

STEIN, A., 2005, *Foundations of Evidence Law*, New York: Oxford University Press.

STEIN, A., 2015, “The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory” in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, pp. 2085-2107.

STELLA, F., 1975, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano: Giuffrè.

STOJANOVIC, I., DE BRABANTER, PH., VILLANUEVA FERNANDEZ, N. e NICOLAS, D., 2005, “Deferential Utterances” consultabile online all’URL:

https://jeannicod.ccsd.cnrs.fr/ijn_00000575/ (ultima consultazione: giugno 2019).

SUNSTEIN, C., 2019, “Algorithms, Correcting Biases” (preliminary draft), dattiloscritto consultabile online all’URL: <https://ssrn.com/abstract=3300171> (ultima consultazione: giugno 2019).

TALLACCHINI, M., 2002, “Legalizing Science” in *Healthcare Analysis*, vol. 10, n. 3, pp. 329-337.

TARELLO, G., 1974, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Mulino.

TARUFFO, M., 1992, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano: Giuffrè.

TARUFFO, M., 2008, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons.

TARUFFO, M., 2009a, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza.

TARUFFO, M., 2009b, “Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)” in *Criminalia 2009*, pp. 305-319.

TARUFFO, M., 2016, “La prova scientifica. Cenni generali” in *Ragion pratica*, vol. 47 n. 2, pp. 335-354.

TAYLOR, H., 2019, “Whales, Fish and Alaskan Bears: Interest-Relative Taxonomy and Kind Pluralism in Biology” in *Synthese*, consultabile online all’URL:

<https://doi.org/10.1007/s11229-019-02284-9> (ultima consultazione: giugno 2019).

THAYER, J.A., 1998, *A Preliminary Treatise of Evidence at Common Law*, Cambridge: Harvard University Press.

TORRE, C., MATTUTINO, G. e VASINO, V., 2000, “Piombo, bario e antimonio in particelle non correlate a sparo. Prime osservazioni” in *Zacchia*, vol. 73, pp. 137-151.

- TUZET, G., 2016a, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli: Torino.
- TUZET, G., 2016b, “La prova ragionata” in *Analisi e diritto 2016*, pp. 127-161.
- TUZET, G., 2018, “On Probatory Ostension” dattiloscritto presentato al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.
- TUZET, G. e FERRER, J., 2018, “Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali” in *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 18, n. 2, pp. 455-472.
- TWINING, W., 2006, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge: Cambridge University Press.
- UBERTIS, G., 2015, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano: Giuffrè.
- VAN CLEVE, J., 2006, “Reid on the Credit of Human Testimony” in LACKEY, J. e SOSA, E. (cura di), *The Epistemology of Testimony*. Oxford: Oxford University Press, pp. 50–74.
- VARZI, A., 2014, “Del fuoco che non brucia: risposte, riflessioni, ringraziamenti” in CASETTA, E. e GIARDINO, V. (cura di), *Mettere a fuoco il mondo. Conversazioni sulla filosofia di Achille C. Varzi*, pp. 111-153.
- VASSALLO, N., 2003, *Teoria della conoscenza*, Bari: Laterza.
- VASSALLO, N., 2005, “Conoscere attraverso le parole: epistemologia” in BIANCHI, C. e VASSALLO, N., *Filosofia della comunicazione*, pp. 134-155.
- VÁZQUEZ, C., 2015, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons.
- VEATCH, R.M., 1989, *Death, Dying, and the Biological Revolution. Our Last Quest for Responsibility*, New Haven: Yale University Press.
- VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., 1951, “Naturaleza jurídica de la pericia” in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 4, n. 1, pp. 43-68.

VOLPE, G., 2012, *La verità*, Roma: Carocci.

WAHLBERG, L., 2010, *Legal Questions and Scientific Answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations*, Lund: Mediatryck.

WAHLBERG, L., 2017, “Legal Ontology, Scientific Expertise and The Factual World” in *Journal of Social Ontology*, vol. 3, n. 1, pp. 49-65.

WALTON, D., 1989, *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*, Cambridge: Cambridge University Press.

WALTON, D., 1997, *Appeal to Expert Opinion. Arguments from Authority*, Penn State Press: University Park.

WALTON, D. e KOSZOWY, M., 2019, “Epistemic and Deontic Authority in the Argumentum Ad Verecundiam” in *Pragmatics and Society*, vol. 10, n. 2, pp. 151-179.

WALTON, D., REED, C., and MACAGNO, F., 2008, *Argumentation Schemes*. Cambridge, Cambridge University Press.

WEBB, M. O., 1993, “Why I Know About as Much as You: A Reply to Hardwig” in *The Journal of Philosophy*, vol. 90, n. 5, pp. 260-270.

WEINER, M., 2003, “Accepting Testimony” in *Philosophical Quarterly*, vol. 53, n. 211, pp. 256-264.

WELBOURNE, M., 1994, “Testimony, Knowledge and Belief.” in MATILAL, B.K. e CHAKRABARTI, A. (cura di), *Knowing from Words. Western and Indian Philosophical Analysis of Understanding and Testimony*. Dordrecht: Springer, pp. 297-313.

WELBOURNE, M., 2002, “Is Hume Really a Reductivist?” in *Studies in History and Philosophy of Science*, Vol. 33, n. 2, pp. 407–423.

WELLMAN, F.L., 1919, *The Art of Cross-Examination*, New York: The MacMillan Company.

WILLIAMSON, T., 1996, “Knowing and Asserting” in *Philosophical Review*, Vol. 105, n. pp. 489-523.

WILLIAMSON, T., 2000, *Knowledge and Its Limits*, Oxford: Oxford University Press.

WILSON, 2011, “Embodied cognition” in ZALTA, E. N. (cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultabile online all’URL:
<https://plato.stanford.edu/entries/embodied-cognition/> (ultima consultazione: giugno 2019).

WITTGENSTEIN, L., 1967, *Ricerche filosofiche*, Traduzione italiana di M. Trinchero, Einaudi: Torino.

WOODFIELD, A., 2000, “Reference and Deference” in *Mind and Language*, Vol. 15, n. 4, pp. 433-451.

WRÓBLEWSKY, J., 1971, “The Legal Decision and its Justification” in *Logique et Analyse*, vol 14, n. 53, pp. 409-419.

WRÓBLEWSKI, J., 1992, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht: Springer.

ZACCHIA, P., 1751, *Quaestiones Medico-Legales, Editio secunda Veneta*, Venezia: Simone Occhi, consultabile online all’URL:
https://books.google.it/books/about/Quaestiones_medico_legales.html?id=ulVRAAAACAAJ&redir_esc=y (ultima consultazione: giugno 2019)

