

RECTA RATIO

Testi e Studi di Filosofia del Diritto



Giovanni Tuzet

**Filosofia
della prova giuridica**

Terza edizione

G. Giappichelli Editore

Introduzione

Questo lavoro nasce dall'esperienza didattica in Bocconi negli anni accademici 2010-11, 2011-12, 2012-13, quando ho dedicato al tema della prova il corso di "Ermeneutica giuridica". È un tema su cui a mio giudizio l'attenzione dei filosofi e dei teorici del diritto continua a essere insufficiente, soprattutto nel nostro paese, sebbene l'argomento presenti un considerevole interesse teorico e rivesta una grande importanza pratica. Le cause di questo ritardo sono molteplici e non intendo discuterle qui; mi limito a rilevare, sotto un profilo soggettivo, la predilezione degli studiosi per i temi normativi, cui si aggiunge, sotto un profilo oggettivo, la difficoltà di padroneggiare al tempo stesso gli strumenti della giurisprudenza e dell'epistemologia. La formazione del giurista italiano e più ampiamente continentale ruota attorno a questioni normative e concettuali; molto raramente si estende a problemi di logica ed epistemologia. Ne risultano lo scarso interesse e la poca predisposizione per i problemi della prova giuridica e della conoscenza nel processo. Inoltre, ancora sul versante delle difficoltà oggettive, si deve segnalare che le competenze giuridiche richieste per trattare della prova non sono solamente di diritto processuale ma anche di diritto sostanziale. Si tratta di comprendere *cosa* deve essere provato, *come* deve essere fatto e *perché*. Eppure tutto ciò costituisce una formidabile ragione per occuparsi di questo tema: una sua compiuta trattazione richiede infatti l'apporto del giurista positivo, del filosofo, del teorico, del logico, dell'epistemologo e magari di altre figure come lo psicologo (si pensi all'analisi delle testimonianze) e l'economista (si pensi all'analisi economica del diritto processuale e probatorio). È stato detto di recente che l'interesse del

tema sta proprio nella sua interdisciplinarietà¹.

Naturalmente le mie ambizioni non arrivano a tanto. Quello che intendo fare – e che il titolo suggerisce – è trattare gli aspetti *filosofici* del tema della prova, nella prospettiva della filosofia del diritto e con numerosi riferimenti all'epistemologia. Aggiungo che è il nesso fra dimensione pratica ed epistemica a costituire uno dei motivi di interesse filosofico del presente tema. Ne rimarranno in ombra molti aspetti che competono al teorico del diritto e al giurista positivo, cui non pretendo sostituirmi. Gli stessi limiti del corso di cui sopra mi hanno costretto a trascurare alcune questioni e alcuni tipi di prova (per es. quella documentale) di cui vorrei occuparmi in futuro avendone l'occasione. Insomma il testo vuole rimanere un contributo filosofico al tema, senza una discussione dettagliata del diritto positivo e della giurisprudenza in materia né una presentazione completa degli aspetti teorico-generalisti della prova giuridica (a cui meglio calzerebbe un titolo come "Teoria della prova giuridica").

In linea con il titolo del corso, il tema viene qui affrontato a partire da una prospettiva ermeneutica. Com'è noto, l'ermeneutica giuridica è una concezione del diritto che ne parla in termini di mediazione fra universalità e concretezza, testo della norma e fatto concreto². Nel rapporto fra interpretazione del testo e applicazione della norma al caso si realizza, per l'ermeneutica, un superamento della distanza temporale fra passato e presente. Quale passato? Quello della produzione del testo e quello dell'accadimento. E quale presente? Il presente dell'interpretazione del testo e della ricostruzione dei fatti in giudizio. Proprio in quest'ultima attività sono centrali le *prove*. Esse consentono di rappresentare i fatti su cui verte il giudizio vagliando la cd. precomprensione (o "anticipazione" del giudizio) che ne hanno le parti e il giudice, al fine di pervenire a una decisione giustificata.

Adottando come modello di ragionamento giudiziale quello sillogistico³, il problema cruciale – come l'ermeneutica ha a suo

¹ W. TWINING (2006), cap. XV.

² Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), nonché B. PASTORE (1996) sul tema della prova.

³ Si badi: come modello prescrittivo di quanto i giudici sono tenuti a fare in uno Stato di diritto, non come descrizione di quanto fanno effettivamente. Cfr. G. TUZET (2010).

tempo evidenziato – non è tanto l’inferenza della conclusione quanto la “preparazione delle premesse”: si tratta di determinare mediante le prove la premessa minore del sillogismo (la premessa “in fatto”) e di articularvi la premessa maggiore (“in diritto”) senza dimenticare che le due sono analiticamente distinte ma in realtà connesse; l’ermeneutica fornisce alcuni strumenti per renderne conto, come la nozione di “circolo ermeneutico” (tra fatti e norme) e l’idea di una “logica di domanda e risposta” fra interprete e testo (metaforicamente) o fra parti e giudice (nella dialettica processuale). C’è in breve una relazione strutturale fra *quaestio facti* e *quaestio juris* di cui il ragionamento probatorio è parte.

In termini più analitici si possono ricordare le distinzioni fra contesto di scoperta e contesto di giustificazione – o giuridicamente fra contesti di ricerca, di decisione e di giustificazione⁴ – così come le distinzioni fra i vari significati di “prova” (come elemento conoscitivo, come attività probatoria, come risultato dell’attività probatoria)⁵, ma un pregio dell’approccio ermeneutico è l’insistenza sul fatto che tali aspetti sono strettamente legati nella realtà della prassi: le scoperte e le decisioni sono solitamente guidate da ragioni che le giustificano (o cercano di farlo) e le prove vengono raccolte, formate e valutate in tale dinamica.

L’ermeneutica insiste sull’importanza dei controlli di razionalità nella prassi giuridica e sulla controllabilità della decisione giudiziale in particolare, in modo che questa non dipenda da un mero atto d’autorità ma abbia una dimensione razionale e sia basata sulla valutazione delle prove per quanto riguarda la ricostruzione dei fatti rilevanti. Ciò non toglie da un lato la *fallibilità* del ragionamento probatorio e dall’altro la *pretesa veritativa* che questo solleva. La verità ricercata in giudizio non è certo fine a sé stessa, in quanto è funzionale alla corretta applicazione del diritto, ma proprio ciò ne mette in luce l’importanza se si ricorda, fra l’altro, che ricostruire correttamente i fatti significa garantire l’eguaglianza nell’applicazione del diritto. I modi con cui ciò viene fatto dipendono naturalmente dai siste-

⁴ Cfr. T. MAZZARESE (1995) e G. UBERTIS (2007), pp. 59-61.

⁵ Su cui vedi ad es. B. PASTORE (1996), pp. 140-141.

mi processuali (inquisitori, accusatori o misti) e a tal punto si tratterà di capire quali sistemi realizzino al meglio tali finalità.

La prospettiva adottata qui non è la sola con cui il tema della prova giuridica può essere indagato. Una maniera alternativa di trattarne consiste nel puntare l'attenzione sugli aspetti retorici e argomentativi dell'attività probatoria in giudizio, sulla scorta delle tesi novecentesche di Perelman e Toulmin e prima ancora della tradizione classica in tema di topica, retorica e argomentazione. Un altro modo di trattarne fa capo al diritto positivo di cui condurre un'analisi ed eventualmente una critica puntuale, con la possibilità di ampliare il discorso in una prospettiva comparata e rendere conto della giurisprudenza in materia. Un'altra opzione ancora è quella di limitare il discorso a un modello teorico e giustificativo di decisione giudiziale in punto di fatto, sulla scorta di molti lavori analitici che trascurano il contesto di scoperta e si occupano unicamente del contesto di giustificazione. La prospettiva che scelgo di adottare è di natura ermeneutica e pragmatica, se così posso dire, dal momento che si concentra sulla prassi giuridica del provare – in connessione con la prassi interpretativa e di qualificazione giuridica dei fatti – e cerca di dare delle risposte pragmatiche alle domande che in essa sorgono, cioè delle risposte che non si accontentino di delineare dei quadri teorici ma ne misurino la tenuta in termini di conseguenze pratiche. Questo non significa rinunciare al rigore dell'analisi concettuale ma vuol dire darvi corpo e sostanza attraverso un esame delle questioni che si pongono agli operatori giuridici e di conseguenza agli studiosi, privilegiando la letteratura più recente e riservando una particolare attenzione a quella angloamericana, di modo che siano possibili i confronti non solo fra teorie diverse in tema di prova ma anche fra esperienze giuridiche diverse (mi riferisco in particolare a quella statunitense).

Le tesi principali del volume sono il carattere *sui generis* delle narrazioni processuali, la necessità di scoprire la verità ai fini della giustizia, l'irriducibilità del ragionamento probatorio a un solo tipo d'inferenza, la necessità di ricorrere a leggi scientifiche o a massime d'esperienza nella ricostruzione dei fatti, l'importanza del contraddittorio ai fini della verità e la possibilità di valutare razionalmente le prove pur essendo questa un'attività fondamentalmente soggettiva. Ma più che difendere un *cor-*

pus di tesi questo lavoro intende esporre e se possibile chiarire un insieme di questioni vive nel dibattito contemporaneo. Inoltre, il libro intende costruire un percorso e indicare connessioni fra temi più che sviscerarli.

La struttura del volume segue quella del corso e certe sue parti sono state generosamente lette e commentate da alcuni colleghi. Desidero ringraziare al proposito Federico Arena, Damiano Canale, Gaetano Carlizzi, Paolo Comanducci, Paolo Ferrua, Fabrizio Fracchia, Mariateresa Maggiolino, Baldo Pastore, Federico Pergami, Michele Taruffo, Giulio Ubertis. Per alcune preziose indicazioni sono altresì debitore nei confronti di Cesare Cavallini, Massimo Ceresa-Gastaldo, Francesco Mucciarelli e Stefano Liebman. Vorrei inoltre esprimere riconoscenza a due anonimi *referees* di questa collana per i rilievi su una precedente versione del testo, così come ai Direttori della collana per la disponibilità ad accogliere il mio lavoro. In ultimo mi sia consentito ringraziare tutti gli studenti che hanno seguito tale corso e hanno arricchito la mia riflessione con le loro domande, le loro obiezioni e i loro suggerimenti.

G.T.

Ferrara, 9 gennaio 2013-Milano, 4 giugno 2013

La seconda edizione di questo lavoro ne corregge alcuni refusi, migliora alcune espressioni e precisa alcuni passaggi. L'impianto del libro rimane lo stesso.

Ringrazio ancora Gaetano Carlizzi per le discussioni sui temi del testo e la didattica che ha contribuito a questa seconda edizione.

G.T.

Aquileia, 14 maggio 2016

Anche questa terza edizione si prefigge di migliorare certi passaggi del testo e ne corregge alcune imperfezioni. In particolare, ho arricchito il discorso sulla stima quantitativa del valore probatorio – pur se l'esposizione delle tecniche bayesiane rimane molto sintetica (§ 23.5). L'impianto del libro è invariato.

Nel frattempo ho avuto modo di pubblicare altri lavori sulla prova giuridica che ne approfondiscono aspetti diversi⁶. Rimando a questi lavori anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

G.T.
Aquileia, 13 maggio 2022

⁶ C. DAHLMAN-A. STEIN-G. TUZET (2021), G. TUZET (2020a), G. CARLIZZI-G. TUZET (2018). Cfr. D. CANALE-G. TUZET (2020).

I

LA PRECOMPRESIONE

Sommario

1.1. Oggetto e scopo dell'ermeneutica giuridica. – 1.2. Statuto dell'ermeneutica. – 1.3. La precomprensione. – 1.4. Il modello dell'ermeneutica giuridica.

1.1. Oggetto e scopo dell'ermeneutica giuridica

Oggetto dell'ermeneutica giuridica è la *prassi giuridica* e suo scopo è quello di offrirne un'adeguata *comprensione*. Detto con maggiore ampiezza, lo scopo dell'ermeneutica giuridica e delle ricerche di metodologia giuridica fiorite in Germania nella seconda metà del Novecento è quello di “conseguire una migliore, più realistica comprensione del processo di ricerca del giurista, sì da vincere, una volta per tutte, l'annoso contrasto, in apparenza irriducibile, che oppone scienza del diritto e pratica del giurista”¹. Se un certo positivismo giuridico, astraendo e formalizzando, aveva allontanato la teoria del diritto dai problemi della pratica, l'ermeneutica si pone il compito di riconciliare le due dimensioni.

Nel vasto campo della prassi giuridica, la prassi *giudiziale* è quella che ha ottenuto e ottiene una maggiore attenzione da parte dell'ermeneutica. Con che approccio? Si deve notare da subito la differenza fra l'approccio ermeneutico e le metodologie di taglio prescrittivo, tanto in ambito giuridico che scientifico.

Pensiamo, in ambito giuridico, al noto modello del sillogismo

¹ G. ZACCARIA (1984a), p. 3. Cfr. G. ZACCARIA (1984b), F. VIOLA-G. ZACCARIA (2003), cap. IV, G. ZACCARIA (2012) nonché G. CARLIZZI (2011).

giudiziale. Il modello o metodo del sillogismo è, se ben inteso, prescrittivo: non intende dire come i giudici di fatto ragionano, ma come devono o dovrebbero ragionare². In ambito scientifico, analogamente, molte posizioni in tema di metodo sono a carattere prescrittivo: il metodo falsificazionista di Popper, ad esempio, non intende descrivere come di fatto gli scienziati procedono, ma prescrivere come devono o dovrebbero procedere per condurre una ricerca scientifica metodologicamente corretta³.

L'ermeneutica intende invece, soprattutto, comprendere come si svolgono i processi di ricerca, di interpretazione e di decisione da parte dei giuristi e dei giudici in particolare, in modo da avvicinare alla prassi effettiva la teoria che ne viene elaborata. Una metodologia prescrittiva, per sua stessa natura, può essere in forte contrasto con la prassi, qualora quest'ultima sia metodologicamente scorretta; allora la metodologia si propone di correggerla, indirizzarla, condurla a esiti migliori. Ma diverso è lo scopo di un approccio ermeneutico, che non ha immediati fini direttivi, tendendo piuttosto a una comprensione dei processi di cui si occupa e cercando di illuminarne gli aspetti non evidenti o non sufficientemente considerati.

1.2. Statuto dell'ermeneutica

Ora facciamo un passo indietro. A partire dall'Ottocento si è consolidata nei nostri schemi concettuali una contrapposizione fra tipi di scienze: nella cultura tedesca, si sono contrapposte le scienze della natura (*Naturwissenschaften*) e le scienze dello spirito (*Geisteswissenschaften*); nella cultura francese le scienze naturali (*Sciences naturelles*) e le scienze sociali (*Sciences sociales*); nella cultura angloamericana, similmente, la scienza naturale (*Natural Science*) e la scienza sociale (*Social Science*), o ancora le scienze "umane" (*Humanities*) contrapposte alle scienze "naturali" o "dure"⁴.

² C. BECCARIA (1764), p. 18 ed. 1973. Cfr. M. BARBERIS (2008), p. 226 ss. Sulle critiche ermeneutiche al modello del sillogismo v. G. ZACCARIA (1984b), p. 48 ss.

³ K.R. POPPER (1934) e (1963). Cfr. S. HAACK (2003).

⁴ Cfr. G.H. VON WRIGHT (1971), L. MISES (1942) e M. WEBER (1922). A

La maniera standard di intendere la contrapposizione fra queste discipline è dire che non solo hanno oggetti diversi, ma anche metodi e scopi diversi. Gli oggetti delle prime sono i fenomeni naturali, mentre le seconde si occupano di quelli umani o sociali. Lo scopo essenziale delle scienze dello spirito è la *comprensione* di tali fenomeni, mentre quello delle scienze naturali è la loro *spiegazione*. Nella comprensione, si aggiunge, c'è omogeneità fra soggetto e oggetto (tanto è umano il soggetto che comprende quanto il fenomeno compreso), il che non è vero della spiegazione e ne renderebbe diverso il metodo. Spiegare e comprendere sarebbero così due attività e finalità ben distinte, proprie di scienze diverse e a capo di metodi distinti. Quanto all'ermeneutica, è chiaro che tradizionalmente si colloca nell'ambito delle scienze dello spirito o scienze sociali e che in quanto tale si occupa dei nostri processi di comprensione.

Si pensi alla differenza fra lo studio di un testo sacro e quello di una patologia: il primo va compreso, la seconda spiegata; del primo sono importanti le *ragioni* per cui è stato scritto, per cui viene letto e meditato; della seconda sono importanti le *cause* di origine e diffusione (ma si osservi che anche dei fenomeni umani si possono studiare le cause). Entrambe le cose – testo e patologia – suscitano in noi la richiesta di un “perché”, ma le risposte appropriate hanno un tenore diverso: il perché del testo sacro è in termini di ragioni, alle quali si può aderire o meno; mentre il perché della patologia è in termini di cause, per le quali non si pone un problema di adesione ma di veridicità e accuratezza⁵. Vogliamo sapere se la spiegazione che la scienza medica dà di una certa patologia è veridica e accurata, se le cause da cui viene fatta dipendere sono proprio quelle da cui dipende e se questo ci consente di elaborare delle previsioni sul suo andamento e trovarne la cura. Mentre di un testo sacro cerchiamo di trovare la chiave, di cogliere il senso e capire che importanza possa avere per noi, chiedendoci cioè se le ragioni che vi si trovano siano condivisibili e possano ricevere la nostra adesione (pur se questo può sembrare un modo di “secolarizzare” il testo sacro).

tali contrapposizioni ha reagito il Neopositivismo novecentesco cercando di difendere l'unità della scienza.

⁵ Tradizionalmente, uno dei modi di tracciare questa contrapposizione è in termini di “causalità finale” e “causalità efficiente”.

Si pensi anche, analogamente, all'esperienza di chi assiste a una rappresentazione teatrale e a quella di chi osserva dei moti celesti. Uno spettatore coglie ben poco se non riesce ad afferrare le ragioni per cui una rappresentazione è stata scritta e viene posta in scena. Immaginate di assistere all'*Attila* di Verdi composto nel 1846 e messo in scena nel 2010 nella città di Aquileia: per capire il senso della cosa se ne devono comprendere diversi aspetti, fra cui il senso di una rappresentazione teatrale in genere, il fatto che l'Aquileia romana fu assediata e distrutta da Attila nel 452 al fine di penetrare nel territorio dell'Impero romano, il fatto che l'opera fu composta in periodo risorgimentale e in qualche modo incontrava i sentimenti nazionalisti dell'epoca, il fatto che nel 2011 corrono i centocinquant'anni dell'unità d'Italia, ecc. Un astronomo di contro non ha bisogno di interrogarsi su ragioni di questo tipo: ciò che intende scoprire sono le cause ed eventualmente le leggi (in senso descrittivo, non prescrittivo) dei fenomeni celesti che osserva; tali cause e leggi non dipendono ontologicamente da nulla di umano, mentre le ragioni di una rappresentazione teatrale sono del tutto nostre e stanno in umani desideri, aspirazioni e sentimenti. In una parola, nell'agire umano c'è l'*intenzionalità* che manca altrove⁶. Non è che non si possano indicare le cause degli atti umani (offrendone cioè una spiegazione) ma è che questo modo di renderne conto è per l'ermeneutica insoddisfacente in quanto ne smarrisce i tratti peculiari.

Ancora oggi gli echi di questa contrapposizione fra scienze si rintracciano nei dibattiti della filosofia della mente e dell'azione quando è discusso se tali discipline si occupino di cause o ragioni, ed è peraltro vero che alcune discipline (come la psicologia e l'economia) sfuggono a un facile inquadramento in uno dei due ambiti, così come è ragionevole pensare che fra cause e ragioni ci siano almeno talvolta dei rapporti che una rigida dico-

⁶ "A differenza della spiegazione, la comprensione è connessa [...] con l'*intenzionalità*. Si comprendono le mete e gli scopi di un agente, il significato di un segno o di un simbolo, il senso culturale di un'istituzione sociale o di un rito religioso" (G.H. VON WRIGHT (1971), p. 24 trad. it.). Cfr. L. MISES (1942), per cui le scienze sociali cercano di comprendere il significato delle azioni umane, hanno a che fare con fenomeni complessi e non dispongono di un metodo sperimentale. Si può peraltro mettere in dubbio che il comprendere in termini di ragioni si riduca al cogliere le intenzioni degli agenti.

tomia non lascia individuare. Come molte contrapposizioni concettuali, quella fra spiegare e comprendere ha dunque dei margini di vaghezza e dei punti deboli, pur essendo indicativa di importanti differenze.

L'ermeneutica del Novecento ha oltretutto revocato in dubbio la fondatezza di una siffatta contrapposizione, sostenendo che l'atto del comprendere è "il modo di essere originario dell'esistenza stessa come tale"⁷ e che anche le scienze della natura abbisognano di uno sfondo di ragioni e valutazioni su cui poggiare e svilupparsi. Non c'è possibile "oggettivismo", se questo significa cancellare dalla comprensione e dalla conoscenza ogni profilo umano e soggettivo⁸. Peraltro c'è oggi chi ritiene che spiegare e comprendere siano attività complementari, capaci di illuminare aspetti distinti dei fenomeni indagati, con la conseguenza che la contrapposizione fra scienze andrebbe abbandonata pur mantenendo alcune acquisizioni dell'ermeneutica come la nozione di precomprensione⁹. Si può ritenere che ogni spiegazione parta da una descrizione di dati e che ogni descrizione presupponga un certo modo di comprendere i dati; ma si potrebbe aggiungere in breve che se non ci fossero dati non ci sarebbe nulla da comprendere.

⁷ G. ZACCARIA (1984a), pp. 18-19. Cfr. H.G. GADAMER (1960), pp. 8-10 trad. it.

⁸ In questo senso va la critica di Gadamer all'ermeneutica ottocentesca di Dilthey; cfr. H.G. GADAMER (1960), pp. 28-30 trad. it. nonché G. ZACCARIA (1984a), p. 14 ss. e 93 ss.

⁹ Sulla complementarità di spiegare e comprendere v. F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), pp. 112-113, nonché P. RICŒUR (1977) e G.H. VON WRIGHT (1971), p. 158 trad. it.: "Prima che la spiegazione possa cominciare, il suo oggetto – l'*explanandum* – deve essere descritto. Si può affermare che ogni descrizione ci dice ciò che una certa cosa 'è'. Se chiamiamo 'comprensione' ogni atto con cui si coglie che una certa cosa è, allora la comprensione è un prerequisito di ogni spiegazione, sia essa casuale o teleologica. Questa osservazione è banale. Non si dovrebbe, però, confondere la comprensione di ciò che una cosa è, nel senso di *che tipo di cosa è*, con la comprensione di ciò che una cosa è, nel senso di *che cosa significa*. Il primo tipo di comprensione è un requisito caratteristico della spiegazione casuale, il secondo della spiegazione teleologica. È, pertanto, scorretto affermare che comprensione *versus* spiegazione indica la differenza tra due tipi di intelligibilità scientifica. Si potrebbe dire, invece, che il carattere intenzionale o non intenzionale dei loro oggetti è ciò che distingue due tipi di comprensione e di spiegazione".

1.3. La precomprensione

Il filosofo tedesco Hans-Georg Gadamer è chi più di ogni altro ha influenzato l'ermeneutica contemporanea. La sua riflessione sul comprendere ne ha enfatizzato in particolare il rapporto con la *tradizione*: il nostro comprendere è sempre caratterizzato da finitezza, situato, collocato in una storia e in una tradizione cui non possiamo non appartenere. La *storicità* è fra le "condizioni trascendentali del comprendere"¹⁰. Non c'è verginità del comprendere; nessuno elabora il senso dell'esperienza come se fosse una *tabula rasa*. Queste cifre fondamentali del comprendere – storicità e finitezza – ci portano a considerare la complessità del rapporto fra presente e passato.

A partire dall'epoca moderna, l'ermeneutica matura la consapevolezza che il proprio fulcro caratterizzante sta "nella necessità di colmare una distanza, di vincere la estraneità che comporta il rapporto con epoche diverse, di legare, nel compito interpretativo, immediatezza del presente e lontananza del passato"¹¹. Ma come comprendiamo ciò che è avvenuto prima di noi e di cui non abbiamo conoscenza diretta? Come avviene la comprensione del passato?

È essenziale il ruolo della *precomprensione*. "Non si può comprendere senza pre-comprendere, senza lasciarsi orientare da un'ipotesi di partenza, una sorta di rappresentazione anticipata del risultato, influenzata dall'appartenenza dell'interprete ad un preciso contesto discorsivo e vitale"¹². La precomprensione è l'ipotesi iniziale con cui il soggetto o più specificamente l'interprete si accosta a un problema dato; è l'ipotesi, rivedibile e sostituibile, con cui un'indagine può essere condotta e portata a un esito. Sulla base di cosa? Di qualche "pregiudizio" inteso in senso positivo, come anticipazione di giudizio sulla base di una tradizione, in un dialogo con il passato e con l'oggetto di indagi-

¹⁰ G. ZACCARIA (1984a), p. 23. Ma cfr. G. CARLIZZI (2011) per un ridimensionamento del ruolo di Gadamer rispetto all'ermeneutica giuridica contemporanea (la cui fonte principale sarebbe Radbruch con la riflessione sul rapporto fra norma e fatto più che su quello fra passato e presente). V. anche G. CARLIZZI (2012a).

¹¹ G. ZACCARIA (1984a), p. 11. Cfr. B. PASTORE (1990).

¹² F. VIOLA-G. ZACCARIA (2003), p. 218.

ne, prima di un esame completo di tutti i suoi aspetti rilevanti¹³. Così avviene in un processo giuridico quando le prove di cui disponiamo nel presente ci guidano nella ricostruzione del passato¹⁴. Ma l'anticipazione di giudizio non riguarda solo gli aspetti fattuali di un caso: concerne anche i suoi aspetti normativi in quanto è pure un'anticipazione della sua qualificazione giuridica, o della sua soluzione sulla base di tale qualificazione e dell'interpretazione dei testi rilevanti. Cioè, sentita una prima versione dei fatti il giudice ipotizza da subito quale sia la soluzione giuridica del caso, alla luce delle norme di cui dispone.

Così la precomprensione sulla base di pregiudizi permette di approfondire la conoscenza del proprio oggetto d'indagine, di porre le domande rilevanti a suo riguardo e di precisarne l'interpretazione quando si tratta di un testo.

1.4. Il modello dell'ermeneutica giuridica

Per l'ermeneutica la comprensione precede l'interpretazione, anche in chiave giuridica. Per l'ermeneutica giuridica l'attività di interpretazione dei testi e delle disposizioni normative riposa su qualcosa di più fondamentale e più complesso, che è il processo di comprensione. Tale complessità non impedisce di stilare un modello che faccia luce sull'attività interpretativa.

Si possono distinguere tre componenti fondamentali del modello ermeneutico di interpretazione giuridica¹⁵:

¹³ Cfr. H.G. GADAMER (1960), pp. 317-318 trad. it., nonché G. ZACCARIA (1984a), pp. 51-54. Ma ci possono essere anche pregiudizi dal ruolo negativo, come quello delle "donne di mafia", dove la precomprensione culturale che le vede come succubi degli uomini ha per lungo tempo impedito di riconoscere il loro ruolo attivo nelle organizzazioni mafiose (G. FIANDACA (2001), pp. 362-363).

¹⁴ "Nel processo il giudice svolge un'attività conoscitiva diretta a ricostruire, a partire da certi accadimenti noti e con le informazioni raccolte, una situazione concreta verificatasi in precedenza e della quale egli non ha né può avere esperienza diretta. Si tratta di far ricomparire presente quello che è passato; di far rivivere il passato e ripresentarlo come presente. In questo senso è legittimo affermare che il processo ha un carattere eminentemente ermeneutico" (B. PASTORE (1996), p. 126). Ma ci sono anche processi in cui si deve accertare qualcosa in atto o persino valutare delle previsioni sul futuro (cfr. M. TARUFFO (2002), cap. XIII).

¹⁵ F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), pp. 186-195.

1. la *precomprensione*,
2. la logica di domanda e risposta (*circolo ermeneutico*),
3. i *criteri di controllo*.

La *precomprensione* è l'ipotesi iniziale con cui l'interprete si accosta al caso in esame¹⁶. L'interprete considera il caso per come gli viene presentato e ne ipotizza una qualificazione giuridica alla luce di cui determinarne le conseguenze normative. In base a cosa viene formulata questa prima ipotesi? In base alle conoscenze dell'interprete e al contesto nel quale egli si colloca. Di solito non è tanto una congettura soggettiva quanto un'ipotesi determinata sulla base della partecipazione a un "senso comune", a una tradizione e a un comune quadro normativo¹⁷. In ogni caso, si tratta di una prima ipotesi suscettibile di correzione o sostituzione nel corso del processo.

La logica di domanda e risposta consente infatti di mettere a punto l'ipotesi iniziale, precisandola o modificandola alla luce degli elementi disponibili: l'interprete, una volta delineata una prima ipotesi, individua le questioni rilevanti ai fini della ricerca e procede a saggiare l'ipotesi tanto sotto il profilo fattuale quanto normativo¹⁸. L'interprete individua le norme rilevanti alla luce dei fatti e delle prove disponibili e allo stesso tempo "legge" i fatti del caso alla luce delle norme che è tenuto ad applicare. È un procedere "per problemi" più che per tesi definite o per assiomi addirittura: formulare delle domande, delle possibili

¹⁶ "La precomprensione mette in movimento il processo interpretativo, fornendo all'interprete un primo orientamento e aprendo la sua considerazione al contenuto linguistico dei testi e dei fatti. È una potenzialità di conoscenza che mette capo a soggetti ben determinati con un'ipotesi di possibile significato che, lasciandosi poi continuamente correggere da altre successive ipotesi, adeguate, migliorative o sostitutive di quella originaria, può condurre a modificare l'aspettativa di significato con cui l'interprete si accosta ad un testo" (F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), p. 187). Cfr. G. ZACCARIA (1984b), p. 158 ss.

¹⁷ Se la precomprensione sia comunque arbitraria è discusso in D. CANALE (2006).

¹⁸ "La ricerca del diritto significa [...] argomentazione corretta in un sistema linguistico aperto, continuamente arricchito dai significati del contesto. L'interrogare dell'interprete non può essere separato dal contesto in cui l'apertura di orizzonte del significato acquista una maggiore (ma mai completa) univocità e determinatezza di senso" (F. VIOLA-G. ZACCARIA 1999, p. 191).

risposte, delle nuove domande e così via. È la dinamica del *circolo ermeneutico*, su cui torneremo più diffusamente. Ma è anche la dinamica di un confronto dialettico come quello prescritto dal principio del contraddittorio (art. 111 c. II Cost.), sul quale pure torneremo.

Infine, con i *criteri di controllo*, l'interprete vaglia la tenuta e la correttezza dell'ipotesi, cercando di evitare una decisione arbitraria e di pervenire a una soluzione del caso che sia giustificata e difendibile in una dimensione pubblica e intersoggettiva¹⁹. Se le prime due componenti del modello ermeneutico appartengono a quello che in filosofia della scienza è stato chiamato "contesto della scoperta", questa terza appartiene al "contesto della giustificazione"²⁰: una volta formulata e messa alla prova un'ipotesi, il superamento dei criteri di controllo consente di giustificare il suo accoglimento e di trarne le dovute conseguenze normative. Così, se la certezza del diritto dipende da questi criteri, si può parlare di "certezza come controllabilità"²¹. Quali siano i criteri di controllo in un determinato contesto giuridico dipende dal quadro normativo o comunque dalla prassi stessa (benché siano criteri che intendono governare la prassi); la loro individuazione non è sempre facile, ma rispetto al nostro ordinamento è possibile elencarne diversi: innanzitutto le norme di diritto oggettivo che prescrivono come condurre il ragionamento probatorio, la valutazione delle prove e l'interpretazione delle disposizioni rilevanti; poi l'istituto del contraddittorio e la collegialità del giudizio che, dove presente, consente di confrontare e vagliare le precomprensioni dei singoli giu-

¹⁹ "Per non cadere nella soggettività, l'interpretazione deve individuare una serie di criteri di controllo – ed è questa la terza caratteristica fondamentale del modello ermeneutico – un modello che è tutto incentrato sulle due contestuali polarità del carattere inventivo-innovativo della prassi d'interpretazione da un lato, e della inderogabile necessità di governarla razionalmente e correttamente dall'altro" (F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), p. 191). Cfr. G. ZACCARIA (1984b) p. 176 ss. sui controlli di razionalità elaborati da Esser. Sulla controversa nozione di "metodo" e sulla polemica di Gadamer con Betti e l'ermeneutica tradizionale, v. G. ZACCARIA (1984a), p. 73 ss. nonché F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), p. 195 ss.

²⁰ Cfr. D. GILLIES-G. GIORELLO (1995). Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), pp. 232-234.

²¹ Cfr. B. PASTORE (2006). Vedi L. GIANFORMAGGIO (2005), cap. V sulla certezza come prevedibilità, nonché G. GOMETZ (2005).

dici; infine i diversi gradi di giudizio²² che permettono di controllare le decisioni già prese, nonché, nel lungo periodo, la prassi stessa nella sua capacità di consolidare o modificare certi canoni interpretativi, certe inferenze probatorie e certi metodi di valutazione. In particolare, l'obbligo di *motivare* i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 c. VI Cost.) risponde alla necessità di rendere i provvedimenti *controllabili* al fine della *protezione dei diritti*: "l'obbligo di comunicare la decisione e la sua motivazione ne consentono il controllo nel caso di riesame da parte delle giurisdizioni ordinarie, così garantendo la possibilità di protezione giuridica dei diritti degli interessati"²³.

Questo modello implica peraltro un orientamento parzialmente diverso rispetto all'ermeneutica di Gadamer. Pur nascendo come un modello che mira alla comprensione, esso ha recepito le istanze metodologiche della prassi giuridica e ha acquistato delle tinte prescrittive²⁴. Non è solo un modello di come i giudici abitualmente operano, cioè, ma anche di come è bene che lo facciano. L'ermeneutica contemporanea, specialmente giuridica, tende così a rifiutare le contrapposizioni che l'hanno anteriormente caratterizzata. Infatti ha compiuto anche un altro passo cui ho già accennato: comprendere e spiegare hanno un nesso dialettico²⁵. Un polo non può fare a meno dell'altro. Anche certa filosofia della scienza sostiene ai nostri giorni che spiegazione e comprensione non possano essere separate²⁶. Il che ha un rilievo significativo in termini di cause e ragioni. Lo possiamo vedere considerando che in un processo talvolta entrano in gioco sia le cause che le ragioni di un comportamento. Faccio un esempio che può sembrare biz-

²² Vedi ad es. le considerazioni di M. CERESA-GASTALDO (2010) sull'appello nel diritto processuale penale.

²³ F. VIOLA-G. ZACCARIA (1999), p. 203.

²⁴ Vedi G. ZACCARIA (1984b), cap. III sul ruolo di Esser nel problematizzare la questione del metodo e la scelta dei metodi o canoni interpretativi (il loro *perché*). "Il metodo non è in grado di spiegare la *scelta del metodo*" (G. ZACCARIA (1996), p. 168).

²⁵ Cfr. G. ZACCARIA (1993), p. 127 ss. nonché G. ZACCARIA (1996), pp. xvi-xviii, 128-130. Altri parlano oggi di comprensione come *capacità inferenziale* (R.B. BRANDOM (2009), p. 170).

²⁶ M. FRIEDMAN (1974), p. 15: la spiegazione scientifica produce comprensione e lo fa riducendo il numero di fenomeni indipendenti da accettare come "ultimi" (con uno sforzo di riduzione e unificazione esplicativa). Così anche M. DORATO (2007), p. 38 ss.

zarro ma è stato discusso nell'ambito dei rapporti fra diritto e neuroscienza: il caso di un soggetto, Herrera, che uccise la propria ex ragazza – oltre a cercare di ucciderne la madre e il fratello – poiché a detta della difesa soffriva della sindrome di Capgras per cui credeva che al posto della donna ci fosse un impostore (per la precisione un'entità non umana sostituita dalla mafia alla sua ex)²⁷; questo è un caso in cui, per valutare la responsabilità del soggetto, si devono tanto comprendere le ragioni del suo comportamento (la credenza pur patologica che la donna fosse stata sostituita da un impostore) quanto spiegarne le cause (la sindrome o il disordine neuronale). In casi del genere non c'è un'esclusione fra comprendere e spiegare, né fra cause e ragioni; oggi l'ermeneutica lo riconosce.

²⁷ *State of Utah v. Herrera* (1999), Supreme Court of the State of Utah, 993 P.2d 854. Ringrazio Adrian Sgarbi per avermi segnalato questo caso.