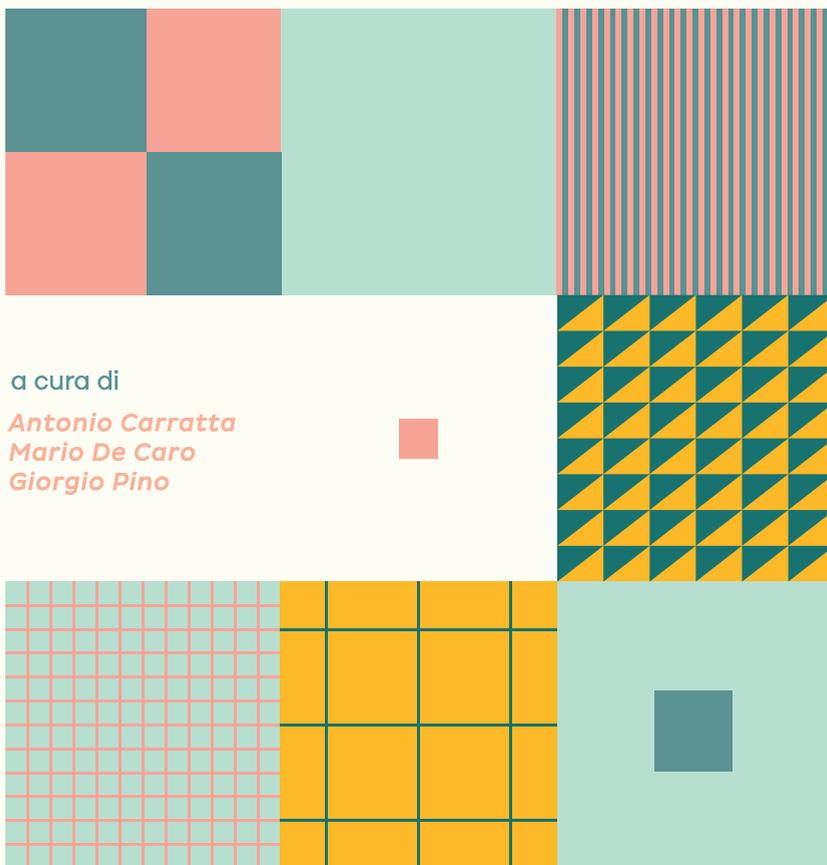


# INTORNO AL RAGIONAMENTO GIURIDICO



a cura di

*Antonio Carratta*

*Mario De Caro*

*Giorgio Pino*





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza



# INTORNO AL RAGIONAMENTO GIURIDICO

a cura di  
*Antonio Carratta*  
*Mario De Caro*  
*Giorgio Pino*



*Roma TrE-Press*  
2022

*Direttori della Collana* Dentro il giudizio

Antonio Carratta, *Università Roma Tre*

Mario De Caro, *Università Roma Tre*

Giorgio Pino, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

Abadi MT, Aceh Light, Barlow Semi Condensed, Pluto Sans W01 (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* RomaTrE-Press ©

Roma, maggio 2022

ISBN: 979-12-5977-083-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

*Dentro il giudizio*  
Dialoghi di Diritto e Filosofia

“Giudizio”, così come “ragionamento giuridico”, è il nome che conviene ad un insieme, alquanto eterogeneo, di operazioni che accompagna l’applicazione delle norme giuridiche alla realtà. La vita del diritto, delle norme giuridiche, è un movimento dialettico tra ‘produzione’ e ‘applicazione’: le norme nascono come entità generali e astratte, destinate a regolare serie indefinite di casi, ma poi devono necessariamente essere calate in vicende della vita, nella decisione di controversie e casi concreti. Il percorso dalla produzione all’applicazione delle norme è raramente lineare, spesso faticoso e laborioso, e talvolta anche circolare – le vicende applicative spesso suggeriscono agli organi della produzione giuridica la necessità di rivedere le norme, di riformularle, quando non addirittura di cancellarle per via di abrogazione o dichiarazione di incostituzionalità.

Nel giudizio convergono sapienza tecnico-giuridica, valutazioni morali, senso comune, saperi specialistici, considerazioni strategiche, conformistiche e opportunistiche, intuizioni e percorsi psicologici talvolta opachi anche a chi li pone in essere. Nonostante gli studi sul ragionamento giuridico abbiano assunto un ruolo di primo piano da almeno cinquant’anni, una vasta *terra incognita* rimane ancora da esplorare, da ultimo grazie anche ai progressi vertiginosi nel campo delle scienze cognitive e dell’intelligenza artificiale.

La collana *Dentro il giudizio* si propone di raccogliere, sollecitare e diffondere in modalità accesso aperto studi e ricerche sul giudizio e sul ragionamento giuridico, facendo dialogare il diritto con saperi quali la filosofia, la psicologia, l’epistemologia, l’economia, la sociologia, l’antropologia, e incoraggiando approcci innovativi ai problemi del ragionamento giuridico, non solo nella prospettiva del dibattito specialistico ma anche al fine di rendere sempre più accessibili queste tematiche a fini didattici.

ANTONIO CARRATTA

MARIO DE CARO

GIORGIO PINO



## Indice

<i>Introduzione</i> , di ANTONIO CARRATTA, MARIO DE CARO, GIORGIO PINO	9
SILVIA ZORZETTO, <i>Ragionamento giuridico e ragionevolezza</i>	13
1. <i>Premessa</i>	13
2. <i>Cos'è ragionevole: grammatica ordinaria e intuizioni</i>	14
3. <i>La metafora del concetto-a-grappolo</i>	21
4. <i>Gli usi del ragionevole nel diritto</i>	27
GIOVANNI TUZET, <i>Analogia e prova dei fatti</i>	43
1. <i>Introduzione</i>	43
2. <i>Analogie fattuali e normative</i>	45
3. <i>Somiglianze e standard decisionali</i>	48
3.1 <i>Quando le somiglianze sono sufficienti</i>	49
3.2 <i>Quando le somiglianze non sono sufficienti</i>	51
3.3 <i>Cenni sulla prova analogica in ambito penale</i>	57
4. <i>Conclusione</i>	59
GAETANO CARLIZZI, <i>Morfologia della prova giudiziaria nell'ordinamento italiano</i>	61
1. <i>Programma dell'indagine</i>	61
2. <i>Introduzione alla nozione generale di "prova"</i>	63
3. <i>Il regno delle prove singolari</i>	64
4. <i>La classe delle prove ricostruttive</i>	66
5. <i>L'ordine delle prove lato sensu storiche</i>	68
6. <i>La famiglia delle prove istituzionali</i>	69
7. <i>Il genere delle prove empiriche</i>	71
8. <i>La specie delle prove autonome</i>	74
9. <i>La sottospecie delle prove pubbliche</i>	77
MARCO BRIGAGLIA, <i>La psicologia del giudizio normativo. Una ipotesi</i>	81
1. <i>Introduzione</i>	81
2. <i>L'azione umana tra automaticità e controllo</i>	82
3. <i>Il giudizio normativo</i>	90
GLI AUTORI	95



## *Introduzione\**

ANTONIO CARRATTA, MARIO DE CARO, GIORGIO PINO

Il ragionamento giuridico è ormai stabilmente al centro delle riflessioni teoriche e dei problemi pratici dei giuristi. Molti ed eterogenei fattori hanno cospirato in questa direzione: la crisi e il definitivo superamento dell'immagine del giudice "bocca della legge" (un'immagine oggi utilizzata, invero, solo in contesti caricaturali), l'influenza sulla cultura giuridica di idee e suggestioni provenienti dal realismo giuridico, dall'ermeneutica, dalla topica e dalla nuova retorica, l'attivismo giudiziario diffusi in molti ordinamenti giuridici, europei e non, negli ultimi decenni del Novecento (l'uso alternativo del diritto, l'applicazione diretta della Costituzione, la nomofilachia "creativa"), la "riscoperta" novecentesca della filosofia pratica... Definitivamente archiviato un certo ingenuo formalismo, che pure ha a lungo dimorato nella mentalità dei giuristi italiani ed europei, le molte vie del ragionamento giuridico sono ora oggetto di indagini sempre più penetranti e sofisticate, e di controversie non solo teoriche ma gravide di conseguenze pratiche e politiche: la questione della creatività giudiziaria (se l'attività interpretativa svolta dai giudici sia, in qualche senso, "creativa", se è bene che lo sia, se sia inevitabile che lo sia, ecc.) ne è il punto di emersione più visibile e oggi più discusso.

Negli ultimi decenni, molti aspetti del ragionamento giuridico sono stati oggetto di attenta osservazione: vi è stata una proliferazione di studi sulla struttura dell'interpretazione, sull'argomentazione giuridica, sul ruolo della logica e della retorica nel discorso interpretativo, sul ragionamento probatorio e sulle modalità della sua costruzione... Ma una vasta *terra incognita* rimane ancora da esplorare. E, nonostante siano già apparse notevoli sistemazioni della materia, non solo sembra che ci sia ancora molto da dire e da chiarire sui temi "classici" del ragionamento giuridico come quelli cui si è appena fatto cenno; ma temi e strumenti nuovi si affacciano continuamente sulla scena, anche grazie ai notevoli progressi compiuti soprattutto nelle scienze cognitive e nelle nuove tecnologie.

---

\* Uno speciale ringraziamento alla dott.ssa Arianna Colonna, per la sua attenta e precisa revisione redazionale dei contenuti di questo volume.

Si aprono così prospettive di analisi teorica, e problemi pratici, dalle potenzialità e dalle implicazioni ancora non pienamente delineate: la psicologia del giudizio, e più in generale del ragionamento normativo, con apporti provenienti dalla psicologia cognitiva e dalle neuroscienze; la teoria dell'azione e della razionalità; il libero arbitrio, la responsabilità e la colpevolezza; gli usi giuridici dell'intelligenza artificiale; il ruolo di specialisti, scienziati, ed esperti nel processo e nella formazione della decisione giuridica, e la dialettica nel processo applicativo tra sapere giuridico e saperi "altri"; l'affidabilità e la valutazione delle testimonianze alla luce delle più recenti acquisizioni epistemologiche; la prevedibilità e calcolabilità delle decisioni giudiziarie.

Questa è la costellazione di temi a cui è dedicata la collana *Dentro il giudizio*: una collana che non parte da assunzioni metodologiche predeterminate, né è vincolata a specifici settori disciplinari, ma intende rappresentare un luogo di confronto e di approfondimento interdisciplinare e multidisciplinare sulle tematiche del ragionamento giuridico, inteso in un senso convenientemente ampio: dal ragionamento messo in campo dal giudice quando decide una controversia (quando ricostruisce il contenuto di una norma, quando seleziona i fatti di causa rilevanti, quando valuta tali fatti in sede decisoria...), alle valutazioni di un organo legislativo o regolatorio, all'impatto delle norme e delle decisioni sui comportamenti e sulle decisioni dei cittadini.

Questo primo volume della collana, dedicato ad alcuni problemi centrali e ricorrenti della teoria e della pratica del ragionamento giuridico (l'analogia, la ragionevolezza, la prova dei fatti, ecc.) ospita contributi che offrono una rappresentazione efficace e immediata dell'approccio e degli intendimenti che ispirano la collana stessa.

Silvia Zorzetto analizza il concetto di ragionevolezza, evidenziando la discrasia fra la difficoltà di analizzare esattamente il contenuto e i criteri della ragionevolezza, da una parte, e l'uso massiccio che viene fatto del concetto di ragionevolezza nell'argomentazione giuridica, dall'altro. Evitando di assecondare un facile scetticismo, che porterebbe a liquidare la ragionevolezza come concetto vuoto e *bonne a tout faire*, Zorzetto mostra che a partire dagli usi effettivi diffusi nella giurisprudenza è possibile delineare un concetto di ragionevolezza coerente e utile come strumento di analisi e di critica delle argomentazioni giudiziarie.

Giovanni Tuzet si occupa del ragionamento analogico nel diritto, ma con un innovativo e significativo spostamento di prospettiva rispetto al modo in cui questo argomento è solitamente trattato dai teorici

dell'argomentazione giuridica: se tradizionalmente, infatti, i giuristi e i teorici del diritto si occupano di analogia dal punto di vista della *quaestio iuris*, e in particolare come modalità di individuazione della disciplina giuridica di un caso in presenza di una lacuna, Tuzet si concentra invece sul ruolo dell'analogia dal punto di vista della *quaestio facti*, cioè le questioni fattuali e probatorie che si pongono nel ragionamento giuridico: un aspetto ampiamente trascurato nella letteratura teorico-giuridica, e rispetto al quale Tuzet mette in evidenza non solo i profili di interesse teorico, ma anche i rilevanti risvolti pratici.

Gaetano Carlizzi affronta il problema del ragionamento probatorio al fine di elaborare una ampia ricognizione e sistematizzazione delle varie figure probatorie presenti nell'ordinamento italiano, in particolare in ambito penale, fissandone gli aspetti di identità e di differenza. Rivalutando un approccio metodologico spesso trascurato dai simpatizzanti del pensiero debole e del postmoderno, Carlizzi elabora una tassonomia delle forme di prova "ad albero di Porfirio" che, a partire da una nozione generale di "prova", procede ad operare distinzioni successive, a cascata, sulla base dell'individuazione progressiva di specifiche caratteristiche distintive. Ciò che ne risulta è una ricostruzione morfologica che fa emergere le caratteristiche – in alcuni casi essenziali, in altri casi solo tipiche – della prova giudiziaria nell'ordinamento italiano, e in ordinamenti consimili.

Marco Brigaglia, infine, amplia l'orizzonte del discorso passando dalla sfera del diritto a quella della normatività più in generale, esaminando la struttura del "giudizio normativo" – nozione che cattura la discriminazione di una azione sotto categorie normative come giusto o sbagliato, corretto o scorretto, opportuno o inopportuno, razionale o irrazionale, e simili. La nozione di giudizio normativo ambisce a cogliere un ipotetico strato comune, che può forse essere resa con la dimensione della "correttezza": il giudizio normativo può essere approssimativamente definito come discriminazione di qualcosa, e in particolare di una azione, come corretta o scorretta. Su questo sfondo, il saggio di Brigaglia si concentra in particolare su una specifica modalità di giudizio normativo, quella che si forma nel momento in cui, nel decidere come agire, cerchiamo di identificare il corso d'azione "corretto" e di attenerci ad esso.

I saggi contenuti in questo volume sono stati originariamente presentati e discussi nell'ambito di un ciclo di seminari che si è tenuto (virtualmente) nella primavera del 2021 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, e di questa originaria destinazione seminariale piacevolmente mantengono lo stile piano e discorsivo. Agli Autori va il

merito di aver saputo efficacemente coniugare l'originalità delle proprie proposte teoriche con la capacità di comunicarle ad un pubblico composto non solo da studiosi, ma soprattutto da studenti provenienti sia dai corsi di Giurisprudenza sia dai corsi di Filosofia. E questo mostra, una volta di più, che nell'Università italiana è ancora possibile, oltre che doveroso, sperimentare attività didattiche innovative e di qualità, e che anziché trattare gli studenti come anonimi utenti di un servizio burocratico, unicamente interessati alla riscossione di un "credito (formativo universitario)", è possibile scommettere sulla loro intelligenza e curiosità: due qualità che l'Università deve non solo presupporre, ma adeguatamente alimentare.

SILVIA ZORZETTO

*Ragionamento giuridico e ragionevolezza*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Cos'è ragionevole: grammatica ordinaria e intuizioni – 3. La metafora del *concetto-a-grappolo* – 4. Gli usi del ragionevole nel diritto.

1. *Premessa*

Sul tema della ragionevolezza nel diritto si è scritto tutto e il suo contrario. Questo è, forse, uno dei pochi punti di accordo in un quadro di complessivo disaccordo tra gli studiosi e gli operatori pratici. Ed è un punto di accordo, in tutta evidenza, non solo instabile e scivoloso, ma anche dal quale è più facile trarre conclusioni scettico-demolitorie, anziché costruttive. Se è vero che gli usi e le concettualizzazioni della ragionevolezza sono incerti e contestati da lungo corso, è d'altro canto altrettanto vero che questo concetto risulta avere una robustezza parimenti straordinaria, tale da resistere nei fatti ai costanti attacchi e inviti a guardarla con sospetto. Se per un verso la si bersaglia, per altro verso la si continua a usare come se non se ne potesse fare a meno. Tutti se ne avvalgono, chi più chi meno, chi a un proposito, chi a un altro, nonostante le tante critiche circolanti ad ampio spettro. Critiche che spesso sono note e insuperate, eppure vengono rimosse all'occorrenza.

Considerata la copiosità e varietà dei dibattiti sulla ragionevolezza nel diritto italiano nel presente contributo si procederà in via selettiva, senza alcuna pretesa di fornire una panoramica complessiva e men che meno esaustiva. Sviluppando precedenti studi sull'argomento<sup>1</sup>, si

---

<sup>1</sup> Nel presente contributo non vi sarà modo di ripercorrere la storia della ragionevolezza nel pensiero filosofico occidentale dall'antichità a oggi e, in particolare, in seno alla filosofia pratica contemporanea. Per qualche riferimento alle analisi metaetiche e teorie o dottrine politiche messe a punto nel corso del Novecento nel contesto continentale e angloamericano sull'argomento nonché altri profili qui non trattati, rinvio agli studi da cui prendo le mosse: S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati: saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, Franco Angeli, 2008; *Ragionevolezza, politica del diritto e semiotica giuridica: considerazioni in margine al libro Ragionevolezza e autonomia negoziale*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 2010, pp. 601-621; *Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica*, in

concentrerà l'attenzione su alcuni usi e funzioni della ragionevolezza nel ragionamento giuridico e, anzi, più precisamente nel ragionamento giudiziario. Pur attingendo alle analisi giurisprudenziali in precedenza compiute, il contesto privilegiato esemplificativo sarà costituito dalla giurisprudenza degli ultimi anni della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. Anche tenuto conto dei limitati scopi e spazi del contributo, tra i numerosissimi casi meritevoli d'analisi ne saranno richiamati solo alcuni a titolo paradigmatico; la selezione mira a mettere in luce alcune esemplificazioni di orientamenti diffusi, per quanto non univoci, nel panorama giurisprudenziale contemporaneo.

Per cogliere la portata della rassegna casistica selezionata, è tuttavia opportuno delineare alcuni tratti della ragionevolezza dal punto di vista semiotico che costituiscono lo sfondo concettuale degli usi giuridici e giurisprudenziali. Nel prossimo paragrafo metterò quindi in luce alcuni caratteri generali del concetto. Nel terzo paragrafo, proporrò una ridefinizione della nozione. Nel quarto paragrafo, l'analisi verrà messa alla prova dei casi giurisprudenziali al fine di testarne la capacità esplicativa. Verranno infine passati in rassegna in via esemplificativa alcuni usi giuridici correnti noti e diffusi tra gli operatori giuridici, che mostrano la pervasività e la rilevanza del concetto di ragionevolezza nel ragionamento giudiziario.

## 2. Cos'è ragionevole: grammatica ordinaria e intuizioni

Il sostantivo “ragionevolezza” come i predicati “(ir)ragionevole” e le forme avverbiali “(ir)ragionevolmente” sono di uso corrente tanto nella comunicazione ordinaria quanto nei discorsi etici, politici, giuridici. Ma che cosa intendiamo con tali parole/concetti? Qual è il loro significato quando esse sono impiegate, in particolare, in ambito giuridico?

È un dato di fatto che di ragionevolezza si parla nei contesti ordinari

---

*Ragionare per decidere*, a cura di B. Montanari, G. Bombelli, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 137-173; *Ragionevolezza*, in M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 2015, pp. 295-313; *Virtues and Vices of Reasonableness. What Does Common Sense Tell Us?*, in «Analisi e Diritto», 2017, pp. 113-130; *The Uses of Reasonableness in the Constitutional Interpretation and Arbitration: A Comparative and Theoretical Analysis about the Law in Action*, in «Kuwait International Law School Journal», Special Supplement, 2, parte 2, 2017, pp. 57-100; *Rational, Reasonable and Nudged Man*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale», vol. 2, 19, 2019, pp. 73-94.

e in quelli giuridici dando ciò, *il suo mero uso*, per scontato. Che si usi la parola o il concetto (nelle sue varianti), non significa però, per ciò solo, né che l'utente sia consapevole di *quel che dice e fa* usando la parola/il concetto, né che sia condiviso cosa sia ragionevole tra gli emittenti e i destinatari o i riceventi che partecipano al discorso. Questo vale sia per i parlanti ordinari, sia per gli specialisti delle discipline e dei saperi in cui la ragionevolezza è concetto d'uso diffuso.

In molte circostanze, quasi come riflesso immediato affermiamo che qualcosa è o non è ragionevole, ma se ci venisse richiesto cosa stiamo intendendo, in moltissimi casi non sarebbe per nulla immediato spiegarlo. Si constata ciò non soltanto nei contesti interpersonali e/o di confronto, siano essi di tipo dialogico o conflittuali. È infatti complesso dare anche a sé stessi una *spiegazione* di cosa s'intende per "ragionevole", pur usando la parola/il concetto correntemente. E questa complessità esplicativa sussiste anche a prescindere da qualsiasi esigenza di *giustificazione* dell'uso medesimo.

Una prima caratteristica della ragionevolezza è quindi una significativa e generalizzata *asimmetria* tra gli *usi* che sono normalmente *irriflessi e correnti* e la *consapevolezza* degli utenti rispetto a questi usi.

Sia chiaro che tutto ciò non significa che quando si afferma che qualcosa è o non è ragionevole non si sappia esattamente quello che si dice o si parli "a vuoto" o si dica qualcosa senza senso o significato. Una simile conclusione è contro-intuitiva e smentita dai fatti: finisce nella paradossale tesi iperscettica per cui i discorsi in termini di ragionevolezza (ma non solo, visto che quanto sin qui detto non vale solo per il concetto di ragionevolezza) sarebbero illusori. Cosa che non è. Tra l'altro, la circostanza ben nota che la ragionevolezza si accompagna spesso ad altri termini con i quali ha un'aria di famiglia (egualianza, proporzionalità, adeguatezza, congruenza logica, razionalità, equità, ecc.) non implica che essa sia priva di significato in sé e che quindi nulla aggiunga o non determini variazioni dei significati dei termini con cui "fa coppia". Vedremo, anzi, che nei discorsi giuridici e giurisprudenziali essa appare sovente assolvere funzioni espressive meta-linguistiche e/o introdurre variazioni di significato nelle espressioni cui si accompagna.

Ciascuno di noi ha poi qualche idea di cosa sia (ir)ragionevole nelle varie circostanze: è cioè in grado di valutare e affermare se una credenza, azione, situazione è o non è, a suo giudizio, (ir)ragionevole. In particolare, mentre concentrandosi sul singolo contesto concreto e la specifica occorrenza, sembra ovvio o quanto meno agevole stabilire cos'è, per noi, ragionevole, appena si astrae dal contesto specifico il concetto diventa evanescente

tanto da sfuggire a una definizione generale. Va detto che questa non è una caratteristica esclusiva della ragionevolezza. Qualcosa di simile avviene per moltissimi concetti filosofici (tra i tanti e più prossimi al ragionevole, si pensi a concetti quali ragione, giustizia, equità, libertà, ecc.). Ma la ragionevolezza – ed è questa una sua seconda caratteristica – mostra una *fondamentale dipendenza dal contesto d'uso pragmatico* e, più precisamente, *micro-pragmatico*. Semplificando: *non esiste il o un ragionevole in astratto*, ma la ragionevolezza assume senso e significato solo in ciascuna singola istanza in concreto.

Una ulteriore caratteristica connessa alle precedenti è che la ragionevolezza è una idea incorporata nella *enciclopedia* naturale, prima ancora e oltre che nel *dizionario* ordinario. Quale conseguenza di ciò, essa è parte del *vocabolario o lessico ordinario*, prima ancora che giuridico. Sotto questo profilo non è un concetto concepito originariamente come tecnico-giuridico o specialistico. Anche se questo non fa sì che i suoi significati nei discorsi giuridici siano coincidenti con quelli nei discorsi ordinari. Anzi, il confronto tra le esperienze e le intuizioni linguistiche ordinarie e quelle giuridiche dimostrano il contrario.

Nel diritto, l'uso della ragionevolezza diventa “tecnico” e pone quesiti pratici e teorici niente affatto elementari. Per esempio, quando e in base a cosa un periodo di tempo è o non è ragionevole per la emanazione di una decisione<sup>2</sup> o la definizione di un giudizio<sup>3</sup>? Quando ricorre l'assoluta ragionevolezza di una interpretazione, tale da fare anche venir meno dubbi di costituzionalità della corrispondente disposizione legislativa<sup>4</sup>? Quando

<sup>2</sup> Cfr. ad es. si veda Cass. civ. Sez. II, Ord., (ud. 23-02-2021) 29-03-2021, n. 8668 che ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla interpretazione del Reg. (CE) 26-6-2013 n. 604/2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, ai sensi del quale – *inter alia* – ai fini di ricorsi avverso decisioni di trasferimento o di revisione delle medesime, gli Stati membri prevedono che il trasferimento sia automaticamente sospeso e che la sospensione scada dopo un determinato periodo di tempo ragionevole durante il quale un organo giurisdizionale ha adottato, dopo un esame attento e rigoroso, la decisione di concedere un effetto sospensivo al ricorso o alla revisione.

<sup>3</sup> *Ex plurimis*, ad es. Cass. civ. Sez. I, Ord., (ud. 22-04-2010) 08-06-2010, n. 13759.

<sup>4</sup> Si veda ad esempio Cass. civ. Sez. III, Ord., (ud. 28-10-2021) 26-01-2022, n. 2347 a proposito dell'art. 481 c.p.c.. La Cassazione richiamando propri precedenti afferma che la disposizione prevede “unicamente l'effetto di sospendere il termine di efficacia del precetto stesso e non già quello della sospensione dell'esecuzione”, ritenendo tale interpretazione “pienamente aderente al tenore letterale della norma”, oltre che idonea e realizzare “una equilibrata, ragionevole composizione degli interessi in gioco”. Su questa base si supera il dubbio di legittimità costituzionale: a “maggior ragione, poi, se si considera ‘la discrezio-

e come possiamo dire se i requisiti per essere titolari di un certo diritto o godere di una prestazione sono maturati con ragionevole certezza<sup>5</sup>? Quando una misura di natura riparatoria da parte dello Stato nei confronti di un consociato è ragionevole<sup>6</sup>? Quali sono le qualità e le prestazioni abituali di un bene che un acquirente può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene?<sup>7</sup> Quali sono le misure ragionevoli che consentono di sfuggire a un'accusa di frode e/o evasione fiscale?<sup>8</sup> Quando sono ragionevolmente credibili le dichiarazioni rese del richiedente (asilo, ad esempio)?<sup>9</sup> A quali condizioni lo svolgimento di un'attività lavorativa

---

nalità particolarmente ampia' di cui gode il legislatore 'nella conformazione degli istituti processuali' (cfr., da ultimo, Corte Cost., sent. 8 maggio 2019, n. 139 e sent. 25 ottobre 2018, n. 225), ciò che restringe, in tale ambito, il margine del sindacato spettante alla Corte delle leggi nel valutare la ragionevolezza delle scelte compiute dai 'conditores legum'".

<sup>5</sup> Cfr. ad es. Cass. civ. Sez. III, Ord., (ud. 14-07-2021) 17-12-2021, n. 40668 e Cass. civ. Sez. II, Sent., (ud. 11-11-2021) 10-12-2021, n. 39404, rispettivamente, in materia di requisiti previdenziali e di usucapione. Come noto, la ragionevolezza è parametro centrale nella identificazione dei c.d. diritti quesiti.

<sup>6</sup> Cass. civ. Sez. II, Sent., (ud. 11-11-2021) 10-12-2021, n. 39404 che rammenta il pronunciamento della Corte di Giustizia nella sentenza Rossato e i principi già espressi dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 22552 del 2016 secondo cui "l'immissione in ruolo scelta dal legislatore italiano del 2015 rappresenta una delle misure alternative, idonee a sanzionare e a cancellare l'illecito comunitario, individuato dalla Corte di Giustizia, che si è compendiato nella indebita reiterazione da parte della P.A. datrice di lavoro di contratti a tempo determinato". A giudizio della Corte, la strada soddisfattiva della immissione in ruolo, con previsione rigorosa dei tempi, costituisce ad un tempo una sanzione e, dal punto di vista del beneficiario, una riparazione "in linea di principio la più ragionevole e soddisfacente tanto per lo Stato che vede assicurata la indispensabile provvista di docenti stabili - quanto per il richiedente, in quanto gli attribuisce il bene della vita, la cui certezza di acquisizione era stata lesa dalla condotta inadempiente realizzata dalla Amministrazione".

<sup>7</sup> Così si discute ad esempio sulla «idoneità della *res* all'uso normale, poiché a mente dell'art. 1519 ter c.c., sono tali non solo quei difetti che procurino l'assoluta inidoneità all'uso, ma anche quelli a cagione dei quali il bene non presenti le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, avuto riguardo alla ragionevole aspettativa dell'acquirente» (cfr. ad es. Cass. civ. Sez. II, Sent., (ud. 14-12-2017) 12-03-2018, n. 5925).

<sup>8</sup> Cass. civ. Sez. V, Sent., (ud. 04-01-2011) 10-06-2011, n. 12751 che statuisce i seguenti principi di diritto: (a) in ipotesi di accertata falsità ideologica della dichiarazione scritta di responsabilità del cessionario in ordine alla destinazione del bene fuori del territorio della CEE (UE) e al possesso dei requisiti (soggettivi e oggettivi) previsti dal D.P.R. n. 633/1972, il contribuente deve provare di avere adottato tutte le misure ragionevoli in suo potere al fine di assicurarsi che la cessione effettuata in regime di esenzione IVA (senza pagamento dell'imposta) non lo conducesse a partecipare a una frode e la diversità tra merce ordinata e ricevuta in consegna va debitamente e convincentemente provata dal contribuente.

<sup>9</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 16-06-2021) 28-10-2021, n. 30464 ricorda «la difficoltà di provare adeguatamente i fatti accaduti, prevista espressamente dal legislatore [ex D.Lgs.

costituisce una correlazione causale presunta idonea, secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica, a provocare una malattia;<sup>10</sup> Che cosa vuol dire che l'impugnazione di una sentenza civile è inammissibile quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta (cfr. art. 348-bis cod. proc. civ.) o che si pronuncia la sentenza penale di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio (cfr. art. 533 cod. proc. pen.)?<sup>11</sup>

n. 251 del 2007] art. 3, comma 5, non impone affatto al Giudice di ritenere attendibile un racconto che, secondo una prudente e ragionevole valutazione, sia incredibile e fantasioso, anche perché i criteri legali di valutazione della credibilità di cui all'art. 5, comma 3, sono categorie ampie ed aperte che lasciano ampio margine di valutazione al Giudice chiamato ad esaminare il caso concreto secondo i criteri generali, ed è sufficiente richiamare i concetti di coerenza, plausibilità (lett. c) e attendibilità (lett. e) che richiedono senz'altro un'attività valutativa discrezionale».

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. VI - Lavoro, Ord., (ud. 09-11-2021) 13-12-2021, n. 39751 la quale ricorda la giurisprudenza di legittimità sin dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 1919 del 09/03/1990: «nel sistema dell'assicurazione contro le malattie professionali - quale risulta per effetto dell'ampliamento della protezione alle malattie professionali non tabellate operato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 179 del 1988 - la distinzione tra le malattie comprese nelle tabelle e quelle ivi non comprese rileva sul piano della prova del nesso di causalità. Costituisce infatti principio consolidato quello secondo il quale l'inclusione nella tabella sia della lavorazione svolta che della malattia contratta (purché insorta entro il periodo massimo d'indennizzabilità eventualmente previsto) comporta l'applicazione della presunzione di eziologia professionale della patologia sofferta dall'assicurato. In tal caso, dunque, al lavoratore è sufficiente dimostrare lo svolgimento professionale della lavorazione indicata in tabella e di essere affetto dalla malattia ivi prevista, per essere esonerato dalla prova dell'esistenza del nesso di causalità tra l'uno e l'altra. (...) Per far scattare la presunzione di nesso causale in concreto ed in relazione al caso specifico, la prova del lavoratore dovrà dunque avere ad oggetto (oltre alla contrazione della malattia tabellata) lo svolgimento di una lavorazione che rientri nel perimetro legale della correlazione causale presunta e dunque che sia ritenuta idonea, secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica, a provocare la malattia. (...) La presunzione legale in questione non è assoluta, rimanendo la possibilità per l'INAIL di fornire la prova contraria, ad esempio dimostrando che la malattia, per la sua rapida evolutività, non è ricollegabile all'esposizione a rischio, in quanto quest'ultima sia cessata da lungo tempo, oppure che il lavoratore è stato concretamente esposto all'agente patogeno connesso alla lavorazione tabellata in misura non sufficiente nel caso concreto a cagionare la malattia, o che sussista un fattore extralavorativo che sia stato di per sé idoneo a determinarla (Cass. n. 19312 del 25/09/2004, Cass. n. 14023 del 26/07/2004)».

<sup>11</sup> Cfr. ad es. Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 14 aprile 2017, n. 18620, a opinione della quale dal canone decisorio della condanna oltre ogni ragionevole dubbio deriva che «in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello» deve essere «sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria». Per riformare l'assoluzione, pertanto, «non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice», ma occorre una «forza persuasiva superiore» tale da far cadere

Come emerge da questi esempi, ben noti, quello di ragionevolezza è un concetto pervasivo, i cui usi rivelano sofisticate capacità di umano raziocinio e abilità di ragionamento di ordine generale, nonché – al variare degli impieghi – competenze specialistiche. La ragionevolezza è legata in via indissolubile al senso comune incorporato nel linguaggio ordinario; tuttavia, in campo giuridico questo legame si complica perché quando si parla di senso comune nel diritto non ci si riferisce tanto al senso comune ordinario che pure resta radicato in ogni discorso anche giuridico, quanto piuttosto a un senso comune specifico che si potrebbe chiamare buon senso giuridico<sup>12</sup>.

Tipica della ragionevolezza è una copiosa varietà d'impieghi che appaiono: ora come pacifici ora, invece, come bisognosi di una specifica giustificazione. In ogni contesto comunicativo, si predica la (ir)ragionevolezza di oggetti disparati: azioni, decisioni, atteggiamenti, credenze, eventi, stati di cose, fatti, concezioni dell'individuo, modelli di società, istituzioni, accadimenti del passato, previsioni, ipotesi sul futuro ecc. E a seconda dei casi, i nostri e gli altrui giudizi di (ir)ragionevolezza ci appaiono più che ovvi o banali, mentre molti altri invece discutibili o vuoti o arbitrari. Usando una metafora, caratteristica peculiare della ragionevolezza è quella di essere un concetto “*a pendolo*” che oscilla tra due poli opposti: quello di *apertura/chiusura della giustificazione pratica*. A un polo c'è un senso di *ragionevole come ovvio o fuori discussione*. All'altro polo c'è un senso di ragionevole come *non ulteriormente disputato o disputabile nel contesto dato*.

Nel primo caso, quel che è ragionevole tra i parlanti costituisce una base condivisa e presupposta da cui muovere per eventualmente discutere di altro. Nel secondo caso, invece, a forza di scambi di ragioni e contro-ragioni tra i parlanti, si accetta una conclusione “ragionevole” come chiusura argomentativa. Così, affermare «dico che è ragionevole perché lo è!» (nonostante la palese fallacia logico-argomentativa) è sovente accettato a chiusura del discorso, non iniziandosi neanche a mettere in discussione quel dato punto. Questo avviene più frequentemente quando basta il senso comune ordinario a dire che qualcosa è ragionevole ovvero nei contesti in cui i parlanti condividono elementi fattuali e valoriali. In queste situazioni, ragionevole sta per ciò che è ovvio, pacifico, incontrovertibile,

---

ogni dubbio ragionevole. Tale forza persuasiva non deriva, ex se, dalla pronuncia del giudice d'appello, che non ha autorevolezza maggiore di quello di primo grado, ma deriva dal metodo di accertamento. A parere delle Sezioni unite, si dovrebbe fare ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile e in particolare si potrebbe fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive.

<sup>12</sup> Cfr. ad es. Cass. civ. Sez. VI - 5, Ord., (ud. 24-03-2021) 03-06-2021, n. 15326 e Cass. 1/05/2018, n. 13884.

necessario, cioè non bisognoso di giustificazione (in quello specifico contesto discorsivo). Viceversa, nelle situazioni ordinarie in cui non è più che ovvio e non è più che naturale cosa sia ragionevole, e quindi anche il senso comune non basta o le credenze su fatti e valori sono in conflitto, gli individui domandano ragione del perché si dica che qualcosa è ragionevole. In questi casi, sebbene la catena dei “perché” potrebbe proseguire all’infinito, e salvo che il discorso sfoci in conflitto (ossia “dalle parole si passi ai fatti o alle mani”), si perviene a un approdo ragionevole: che si accetta come fine del discorso per motivi pragmatici. Tra questi motivi pragmatici, potremmo annoverare, a seconda dei casi, ad esempio, la stanchezza dell’interlocutore che desiste dalla discussione oppure la capacità persuasiva della controparte circa la maggiore ragionevolezza delle proprie tesi, ecc.

Usando un’altra metafora, la ragionevolezza è un *concetto poroso* rispetto alla concreta situazione discorsiva in cui è impiegato. Si può parlare di *embedded concept*, perché la semantica, cioè il senso del ragionevole, è una variabile contestuale o pragmatica, il cui uso richiede e sottende abilità di comprensione e competenze non solo linguistiche. Il predicato “ragionevole” assume senso proprio nella singola situazione linguistica e tale senso dipende, in ciascun caso, dalle assunzioni e credenze dei parlanti, dalle regole e relazioni pragmatiche (superficiali e profonde) che permeano il contesto d’uso del concetto.

Questa non è una caratteristica esclusiva della ragionevolezza. Anche altre parole come ad esempio “gentilezza”, “grazia”, “eleganza”, “cortesia” esprimono concetti che di regola non vengono definiti in astratto. Ammettendo pure che se ne fissi una definizione *a priori*, questa non sarebbe comunque sufficiente per dire, in ogni contesto, cosa è elegante, cortese, gentile, grazioso. Adoperare appropriatamente parole come queste esige non la mera conoscenza del dizionario, bensì involge un sapere più ampio: come si è detto, l’enciclopedia (incorporata nel linguaggio).

In ogni caso, se facessimo l’esperimento di chiedere a noi stessi o al nostro interlocutore: «perché dici che è (ir)ragionevole?», ci renderemmo conto che il concetto di ragionevolezza *non* può essere definito individuando *condizioni d’uso necessarie e sufficienti o un genere prossimo e una differenza specifica*. Per un verso, infatti, non vi è un ragionevole in astratto, ma solo relativo a un contesto di discorso. Per altro verso, non vi è un genere al quale ricondurre il ragionevole. I suoi rapporti con il razionale sono, come noto, contestati. Piuttosto, come rivela la etimologia della parola, essa ha un nesso con il concetto di ragione (pratica). Tra gli usi del ragionevole nei diversi contesti esiste una “somiglianza di famiglia”: è possibile individuare

più sensi interconnessi di ragionevole e ogni uso si sviluppa entro una cornice metaetica e poggia su determinate assunzioni sulla razionalità e natura umana e sulle abilità e capacità intellettive e pratiche di interazione e comprensione degli individui.

Questa ulteriore caratteristica della ragionevolezza è particolarmente rilevante a livello semiotico e di metodo, anche per il contributo che offre alla teoria della definizione.

Di seguito, come anticipato, proporrò una ridefinizione esplicativa della nozione che muove dagli usi e mette a frutto alcuni strumenti concettuali propri del prescrittivismismo e dell'analisi del linguaggio valutativo<sup>13</sup>.

### 3. *La metafora del concetto-a-grappolo*

Usando un'altra metafora, la ragionevolezza può essere rappresentata come un *concetto-a-grappolo* cioè un concetto dotato non solo di una semantica, ma anche di una struttura sintattica interna. Essa è un "costrutto concettuale" anziché semplicemente un "concetto".

Il grappolo, a mio parere, è una metafora efficace perché fa vedere bene l'articolazione complessa della ragionevolezza; permette di distinguere la sintassi interna (continuando nella metafora, il raspo), le sue componenti semantiche che concorrono a darle forma (gli acini intesi solo come buccia), il loro contenuto di significato variabile a seconda del contesto d'uso concreto specifico (la polpa di ciascun acino).

Parlare di costrutto anziché semplicemente di concetto consente di evidenziare le componenti semantiche analiticamente necessarie, cioè costitutive del concetto secondo una certa struttura che esaminerò, il cui contenuto di significato non è determinato. Proseguendo nella metafora del *concetto-a-grappolo*: gli acini sono componenti semantiche in cui solo la buccia è fissa, mentre la polpa cambia.

Fuor di metafora, si può ridefinire la ragionevolezza come quel costrutto concettuale per mezzo del quale si danno (se si argomenta in positivo nel senso del ragionevole) o escludono (se si argomenta in negativo nel senso dell'irragionevole) ragioni giustificanti *r* rispetto alla situazione *i* in base a

---

<sup>13</sup> Alla base dell'analisi proposta, vi sono – oltre a numerosi apporti dell'analisi del ragionamento pratico e del linguaggio normativo – principalmente i quattro strumenti concettuali seguenti: la nozione di ragione d'azione esclusiva, la tesi della universalizzabilità del giudizio pratico, la distinzione analitico – sintetico con riferimento ai concetti valutativi, la teoria della defettibilità dei concetti giuridici.

un valore  $v$ , a meno che  $d$ .

Così concepita, la ragionevolezza consiste di un grappolo a tre acini: il primo acino è la componente normativa data dal riferimento a ragioni d'azione, intese come ragioni che giustificano l'azione; il secondo acino è dato dalla componente descrittiva che è data dal riferimento a una situazione di fatto, azione, credenza ecc. e ha, quindi, un referente ultimo in azioni di individui nel mondo; il terzo acino è la componente valutativa che è data dal riferimento a valori.

La ragionevolezza si distingue dagli altri concetti pragmatici per il fatto di avere, oltre a un contenuto semantico variabile, dipendente dal contesto d'uso, questa particolare sintassi interna. La sintassi interna di un concetto è data dalle sue componenti concettuali e dalle loro relazioni. La sintassi della ragionevolezza consiste di tre componenti concettuali le quali si articolano diversamente a seconda del contesto.

La componente normativa del ragionevole consiste in ciò: quando si afferma che una situazione  $x$  o un'azione  $z$  o una credenza  $y$  è ragionevole, implicitamente si afferma anche che quella situazione o azione o credenza è giustificata, cioè si dà una ragione in favore del permanere della situazione  $x$  o per fare  $z$  o per credere  $y$ . All'opposto, quando si afferma che una situazione  $x$  o un'azione  $z$  o una credenza  $y$  è irragionevole, implicitamente si afferma anche che quella situazione, azione o credenza non è giustificata, cioè si dà anche, implicitamente, una ragione per il non permanere della situazione  $x$  o per non fare  $z$  o per non credere  $y$ . Detto in altre parole: l'uso della ragionevolezza non è neutrale. Affermare che qualcosa è ragionevole sottende un'attitudine di condivisione o adesione; per converso, affermare che qualcosa è irragionevole involge una critica o presa di distanza.

La ragionevolezza nel contesto della giustificazione pratica basata su ragioni d'azione implica sul piano concettuale un riferimento a una regola e una valutazione. In particolare, sia in funzione di tecnica di decisione sia in funzione di tecnica di qualificazione, la ragionevolezza pone un problema di determinazione delle somiglianze rilevanti e delle differenze irrilevanti e ciò presuppone la scelta di un criterio di rilevanza: la scelta di un valore in base al quale dire ciò che è eguale (simile) e ciò che è diseguale (dissimile). Che la ragionevolezza, strutturalmente, implichi una valutazione vuole dire che essa è un concetto che fa riferimento a valori. Oltre al riferimento normativo dato dalle ragioni giustificanti, viene quindi in evidenza la scelta di valore da cui si muove per dare ragioni.

Va detto che quali siano i valori non è predeterminato. Richiamando ancora l'immagine del grappolo, se la componente semantica valutativa

è un acino, ebbene è un acino la cui polpa cambia, come accade per la componente semantica descrittiva. Fuor di metafora, il valore che è alla base di ogni giudizio di ragionevolezza o irragionevolezza dipende dalle scelte degli utenti. Pertanto, la ragionevolezza è un costrutto formale giustificativo il cui contenuto di significato è parzialmente differente a seconda di quale valore viene scelto.

A seconda dei valori prescelti, la medesima situazione o azione o credenza potrà risultare ragionevole o irragionevole. Se per percorrere 15 km si impiegano in bicicletta 40 minuti e in automobile 20 minuti, utilizzare la bicicletta anziché l'automobile è irragionevole in base al valore dell'efficienza (stesso risultato in minor tempo), mentre è ragionevole in base al valore del rispetto dell'ambiente. In base al valore della salute può essere ragionevole promuovere politiche pubbliche di informazione e sensibilizzazione per convincere le persone a usare dispositivi di prevenzione. Tuttavia, considerato che simili iniziative hanno comunque un costo per la società, in base al valore del pubblico risparmio, esse potrebbero essere reputate irragionevoli se fossero molte costose e poco efficaci o se la loro efficacia fosse comunque impossibile da verificare.

Come risulta da questi esempi, la ragionevolezza si predica sempre di qualcosa (azioni, credenze, situazioni di fatto ecc.) e ha dunque come componente essenziale un riferimento descrittivo. Inoltre, la componente descrittiva della ragionevolezza varia al variare della componente valutativa: infatti, a seconda del valore che si sceglie, diventano rilevanti diversi elementi della situazione, azione o credenza rispetto a cui si predica la (ir)ragionevolezza.

Nel primo esempio, in base al valore di efficienza, è rilevante il tempo (20 minuti contro 40 minuti) in cui si raggiunge una medesima destinazione; invece, in base al valore del rispetto dell'ambiente, il tempo di percorrenza non conta ed è rilevante la circostanza che un mezzo di trasporto sia inquinante e l'altro no. Nel secondo esempio, sono in gioco i valori della salute (se del caso, a qualunque costo) e dell'economicità delle politiche pubbliche; a seconda del valore che si sceglie rilevano circostanze fattuali diverse quali, per esempio: il fatto che un massivo uso dei dispositivi di prevenzione riduce i rischi o danni per la salute; il fatto che adottare politiche precauzionali costa in termini di risorse del bilancio pubblico. Si noti che la ragionevolezza o meno di simili scelte od opzioni ha natura alla fine etico-politica e ciò che si tratti di scelte prese a livello individuale e/o collettivo. Al fondo esse dipendono altresì dalla concezione politica da cui si muove (ad esempio, più o meno paternalista o liberale, connotata da certe priorità valoriali, ecc.). Inoltre, siccome normalmente si

deve fare i conti con una pluralità di possibili valori in campo, il giudizio di (ir)ragionevolezza spesso finisce per riflettere previ accomodamenti valoriali (gerarchie o compromessi tra valori che restano impliciti e sullo sfondo del discorso).

Si noti che altri concetti comunissimi hanno, come la ragionevolezza, la componente descrittiva variabile. Pensiamo ad esempio al concetto di ferie, che è perfettamente comprensibile senza che dica nulla, anzi proprio perché non dice nulla, su dove si va in ferie e al concetto di ritardo, che è altrettanto comprensibile e utile proprio perché il referente cronologico non è predeterminato in astratto.

Sottolineare tuttavia questo aspetto è importante perché esso ha alcune conseguenze. In primo luogo, implica che non esistono, in natura, azioni o credenze in sé e per sé ragionevoli e che la ragionevolezza non è una proprietà intrinseca ad alcunché, né ad azioni, scelte, decisioni ecc., né *a fortiori* a cose, eventi, stati del mondo ecc.

Il ragionevole non è una proprietà osservabile. Che un tempo o un costo o un prezzo sia ragionevole vuole dire che il lasciar trascorrere un certo lasso di tempo o la determinazione di un certo ammontare di denaro è giustificato in base a un determinato valore (valori che vengono in gioco in questi esempi potrebbero essere la certezza, la libera iniziativa economica, la minore/maggiore ricchezza, il bisogno, il merito, la scarsità delle risorse ecc.).

Così concepita, la ragionevolezza ha una dimensione inferenziale: essa serve a giustificare. Tuttavia, come si accennava, a seconda dei contesti, il concetto di ragionevolezza può essere impiegato o per chiudere la giustificazione o, al contrario, per lasciarla aperta. La ragionevolezza è usata infatti sia nelle situazioni discorsive altamente controverse e instabili, dove è necessario argomentare per sostenere una certa tesi, sia dove apparentemente non occorrono ragioni perché la soluzione appare a tutti gli interlocutori fuori discussione, ovvia o banale. Nei contesti discorsivi poco conflittuali e stabili, la ragionevolezza assume un tratto di naturalezza e ovvietà e serve a chiudere la discussione. Invece, nei contesti discorsivi conflittuali e instabili, dove la giustificazione si manifesta come un processo ricorsivo che richiede il confronto di più ragioni, l'uso del ragionevole serve a dare ulteriori ragioni di rinforzo o a rivedere quelle già espresse. In ogni caso, la chiusura della giustificazione è una questione pragmatica, convenzionale, determinata dal contesto stesso.

Più precisamente, e fermo restando che la spiegazione qui fornita è molto schematica e omette di approfondire una serie di temi assai rilevanti, preme

mettere in luce che: 1) la relazione tra l'elemento di significato valutativo e l'elemento di significato descrittivo della ragionevolezza è una variabile del contesto pragmatico, e ciò vale sia per la parola della lingua naturale sia per il nostro costruito nel linguaggio giuridico; 2) la conflittualità, l'omogeneità e la stabilità del contesto sono i fattori che più influenzano la natura analitica o sintetica della relazione in discorso; 3) la ragionevolezza nel diritto tende a essere caratterizzata da un nesso sintetico più di quanto non lo sia nei discorsi ordinari per le fattezze pragmatiche del diritto, in cui lo scopo principale è avere ragione delle proprie pretese. Detto altrimenti, in contesti discorsivi poco conflittuali e stabili, la ragionevolezza assume un tratto di naturalezza e ovvietà perché il nesso tra le componenti è analitico mentre nelle situazioni controverse o mutevoli è più evidente che, usando la ragionevolezza, si danno ragioni, perché lì il nesso è più frequentemente sintetico e quindi i riferimenti descrittivi costituiscono propriamente le ragioni del giudizio. Ricordando le tre componenti semantiche della ragionevolezza, si può quindi affermare che dove ciò che è ragionevole è ovvio e naturale v'è una relazione analitica tra la componente descrittiva e la componente valutativa: e la componente normativa, *il dare ragioni*, sembra scomparire; dove invece non è affatto ovvio che cosa sia ragionevole e bisogna dare ragioni evidenti, v'è una relazione sintetica tra la componente descrittiva e la componente valutativa e la componente normativa viene in primo piano.

Concepire la ragionevolezza nei termini illustrati dà conto anche di un'altra caratteristica ovvero della natura graduabile del concetto. È infatti usuale dire che qualcosa è più o meno ragionevole di un'altra e che non vi è (*ceteris paribus*) cosa più irragionevole o ragionevole. Sotto questo profilo, il giudizio di ragionevolezza coinvolge sempre, ancorché spesso implicitamente, un parametro e un elemento di confronto ( $\alpha$  è più ragionevole di  $\beta$ , rispetto a  $\varepsilon$ , nel contesto C). Ciascun giudizio di maggiore o minore (ir)ragionevolezza è sempre dato sulla base di predefinite premesse (di fatto e di valore). La maggiore o minore ragionevolezza si misura inoltre a partire da ciò che normalmente è ragionevole. La "misura" del ragionevole non è quantitativa, nonostante i tentativi di rendere o far apparire come oggettivo il giudizio: la "misura" del più/meno ragionevole è qualitativa e derivata dalle assunzioni di valore che ne costituiscono le premesse. Anche per questo la graduazione si esprime in termini più/meno senza (poter) utilizzare criteri e unità o scale di misura in senso proprio. La natura qualitativa del "ragionevole" e la impossibilità di una sua commisurazione quantitativa fa sì che il più/meno ragionevole - a livello pratico - si traduca nello schema binario della

“regola/eccezione”. In altre parole, il giudizio di ragionevolezza non è mai un giudizio assoluto, ma sempre suscettibile di eccezioni: qualunque cosa è (ir)ragionevole, ma sempre e solo “a meno che...”.

Quanto precede si può spiegare anche dicendo che le condizioni d’uso della ragionevolezza siano necessarie e solo normalmente sufficienti (per indicare questo carattere si parla anche di defettibilità). Il che spiega perché qualsiasi affermazione in termini di “(ir)ragionevolezza” sia sempre controvertibile, potendo farla venire meno la presenza di condizioni anomale non predeterminabili ed esprimibili in maniera esaustiva nella definizione. Cioè, le possibili condizioni eccettuanti non sono determinabili una volta per tutte ed esprimibili in una formulazione canonica del tipo «è normalmente ragionevole che  $\Omega$ , a meno che  $W, Y, K, J$ ».

Per esempio: nel contesto di un rischio biologico generico rappresentato dal virus SARS-CoV-2/Covid-19, è ragionevole raccomandare il massimo utilizzo del lavoro agile ( $\Omega$ ), a meno che: le attività professionali non possano essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza ( $W$ ), non siano indispensabili rispetto a esigenze di prima necessità etc. ( $Y$ ), negli ambienti di lavoro sia garantita la sicurezza dovuta secondo gli standard precauzionali previsti ( $K$ ), non sia possibile rispettare tutte le misure di contenimento e distanziamento e protezione individuale anche relativamente agli spostamenti verso e da i luoghi di lavoro ( $J$ ). Come emerge da questo esempio, del quale non è qui luogo discutere il merito e che è da intendersi quale mero “caso teorico”, il giudizio di ragionevolezza ha una particolare natura ricorsiva “aperta”. Cioè consente non solo di rivedere (ripensare) cosa è o non è ragionevole in un dato contesto valorizzando talune o talaltre circostanze. Esso consente anche di costruire in maniera mobile (in dipendenza di gerarchie assiologiche sotto-intese) eccezioni ed eccezioni di eccezioni, e così via. Tutto ciò si può esprimere anche dicendo che non è possibile determinare in modo completo e formulare esplicitamente una volta per tutte le condizioni d’uso necessarie e sufficienti per dire, in ogni circostanza, cosa sia ragionevole. A indicare questa caratteristica, la ridefinizione proposta contiene la clausola “a meno che  $d$ ” dove la lettera  $d$  indica le possibili condizioni eccettuanti (non esaustivamente enumerabili).

La ragionevolezza ha dunque una struttura ricorsiva: dal punto di vista logico, non ha un inizio e una fine sanciti *a priori*. Il che è un altro modo per affermare che definire ciò che è ragionevole non è una questione logica bensì pragmatica. Inoltre, la ridefinizione mostra che la ragionevolezza è un costrutto concettuale che esprime un giudizio in base a un valore sempre rivedibile.

#### 4. *Gli usi del ragionevole nel diritto*

Di seguito, verranno passati in rassegna alcuni usi giudiziari della ragionevolezza non solo al fine di ricordarne la varietà e rilevanza, ma anche per mettere alla prova la precedente analisi teorica<sup>14</sup>.

La ragionevolezza è usata come un criterio di identificazione del diritto da parte delle teorie (*rectius* dottrine) che muovono da un concetto di diritto assiologicamente orientato e che, nello specifico, incorpora la ragionevolezza quale valore. In particolare, secondo un indirizzo di pensiero diffuso nella giurisprudenza, essa è considerata un “valore di civiltà giuridica” che serve da presidio di altri valori e/o interessi generali<sup>15</sup>. Al di là delle declamazioni di principio che fanno del ragionevole uno dei valori sommi, spesso non è facile coglierne la effettiva portata concreta, cioè quale sia l’effettivo impatto nella prassi giurisprudenziale e non solo. Sicuramente questo uso del ragionevole si accompagna e facilita almeno tendenzialmente operazioni altamente discrezionali, per non dire creative.

In numerosissimi casi, poi, è notorio: la ragionevolezza è criterio di validità giuridica, determinando – ad esempio – la legittimità o meno rispetto alla Costituzione. Per la verità la possibilità di scrutinare la validità delle norme giuridiche sulla base della ragionevolezza non è né necessariamente collegata né tanto meno limitata alla gerarchia tra Costituzione e norme subordinate. A conferma di ciò, si può ricordare la concezione dei c.d. controlimiti e le numerose concezioni della Costituzione a più livelli in cui alcuni principi (ad es. quelli supremi) o diritti (inviolabili della persona) hanno efficacia rafforzata<sup>16</sup>. Prossimo a questo uso è quello del ragionevole

<sup>14</sup> Per ragioni di sintesi, non tratterò la pletora di termini normativo-valutativi che accompagnano la ragionevolezza nei discorsi giuridici e di cui è discussa e controvertibile la specificità concettuale ovvero la quasi sinonimia nei singoli casi (tra i tanti, efficace, razionale, logico, congruo, coerente, plausibile, adeguato, eguale, proporzionale/proporzionato, ecc.); né sarà possibile ricordare gli usi collegati a clausole generali quali buona fede, correttezza, abuso del diritto, ed equità.

<sup>15</sup> Così ad esempio, Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 01-12-2020) 29-01-2021, n. 2143 annovera il principio di ragionevolezza tra i “valori di civiltà giuridica”, che costituiscono «limiti (seppure non assoluti, ma bilanciabili con altri principi costituzionali)» quali «la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto», «la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico», «il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario»: tra i precedenti della Corte Costituzionale vengono richiamate le sentenze n. 397 del 1994, n. 209 del 2010, n. 308 del 2013, n. 69 del 2014. Si veda anche Cass. civ. Sez. V, 28/02/2018, n. 4590.

<sup>16</sup> Cfr. ad es. Corte cost., Ord., (ud. 22-09-2021) 18-11-2021, n. 216 che ha sottoposto alla Corte di giustizia dell’Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea il quesito: «se l’art. 1, paragrafo 3, della

come parametro di correttezza/legittimità/non vizio degli atti delle autorità dotate di potestà normativa, esecutiva o giurisdizionale. In particolare, il ragionevole funge da criterio-limite rispetto alle valutazioni discrezionali di competenza delle pubbliche autorità;<sup>17</sup> ed è parametro di corretto/legittimo/non viziato esercizio del potere, specie del potere esecutivo-amministrativo e giudiziario. Come noto, gli usi argomentativi della ragionevolezza nel contesto della dottrina dello Stato di diritto sono assai vari e s'intrecciano sovente ai principi di eguaglianza e proporzionalità; meritano di essere menzionati i casi in cui la ragionevolezza si ricollega a presunzioni che stanno a base delle scelte di politica del diritto del legislatore<sup>18</sup>. In altri casi,

decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, letto alla luce degli artt. 3, 4 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole».

<sup>17</sup> Ad esempio, Cass. civ. Sez. Unite, Ord., (ud. 14-12-2021) 22-12-2021, n. 41309, richiamando alcuni precedenti, afferma: "la medesima P.A. è comunque tenuta a conformarsi ai criteri di logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria che presiedono all'esercizio della discrezionalità amministrativa, restando il suo operato sindacabile sotto il profilo dell'evidente illogicità o manifesta incongruenza relativamente ai presupposti di fatto considerati, alla razionalità delle scelte compiute, alla congruità dei mezzi adottati in rapporto allo scopo avuto di mira ed alla valutazione di soluzioni alternative".

<sup>18</sup> Tra le tante ad es. Corte cost., Sent., (ud. 14-07-2020) 31-07-2020, n. 191 nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma e 27, secondo comma, della Costituzione, che ricorda: «laddove la presunzione legislativa concernente determinate fattispecie criminose - ancorché assoluta - resista al vaglio di ragionevolezza, essendo possibile dimostrare la sua solida rispondenza all'*id quod plerumque accidit*, e non essendo per converso "agevole" immaginare casi che la possano smentire, la presunzione stessa non potrà considerarsi costituzionalmente illegittima nemmeno al metro dei parametri di cui agli artt. 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost., costantemente evocati assieme all'art. 3 Cost. a fondamento delle questioni di legittimità costituzionale in materia di misure cautelari personali. (...) Sullo sfondo di tale diritto vivente - frutto del condivisibile sforzo compiuto dalla giurisprudenza di legittimità per assicurare una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 270-bis cod. pen., che ne escluda ogni possibile utilizzo quale strumento di repressione del semplice dissenso o di mere ideologie eversive, e che ne confini l'ambito di applicazione ai sodalizi che operino effettivamente, e in maniera idonea rispetto allo scopo, quali centri propulsori di condotte violente riconducibili a uno dei paradigmi disegnati dall'art. 270-sexies cod. pen. - deve dunque essere esaminata la ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere a carico di chi sia attinto da gravi indizi di colpevolezza in relazione a questo delitto, e nei confronti del quale siano state in concreto ritenute sussistenti le esigenze cautelari di cui all'art. 274 cod. proc. pen.».

essa serve a scrutinare anche il corretto esercizio della discrezionalità politica del legislatore, richiedendone una sufficiente giustificazione<sup>19</sup>.

La ragionevolezza è anche considerata un principio generale o una

---

<sup>19</sup> Cfr. ad es. Corte cost., Sent., (ud. 09-07-2020) 31-07-2020, n. 186 nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1-bis, del D.Lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale), come introdotto dall'art. 13, comma 1, lettera a), numero 2), del D.L. 4 ottobre 2018, n. 113 (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella L. 1 dicembre 2018, n. 132. La Corte ricorda che, «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare i diritti fondamentali» (sentenza n. 120 del 1967), e ha chiarito inoltre che al legislatore non è consentito introdurre regimi differenziati circa il trattamento da riservare ai singoli consociati se non «in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (sentenza n. 432 del 2005), nelle singole situazioni concrete, la posizione dello straniero può risultare diversa rispetto a quella del cittadino (sempre sentenza n. 120 del 1967) e quindi non si può per ciò solo escludere la ragionevolezza della disposizione che ne prevede un trattamento diversificato. Infatti, «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento» (sentenza n. 104 del 1969, richiamata dalle pronunce successive, sentenze n. 144 del 1970, n. 177 e n. 244 del 1974, n. 62 del 1994, n. 245 del 2011, e ordinanze n. 503 del 1987, n. 490 del 1988). (...) Negando l'iscrizione anagrafica a coloro che hanno la dimora abituale nel territorio italiano, tuttavia, la norma censurata riserva un trattamento differenziato e indubbiamente peggiorativo a una particolare categoria di stranieri in assenza di una ragionevole giustificazione: se infatti la registrazione anagrafica è semplicemente la conseguenza del fatto oggettivo della legittima dimora abituale in un determinato luogo, la circostanza che si tratti di un cittadino o di uno straniero, o di uno straniero richiedente asilo, comunque regolarmente insediato, non può presentare alcun rilievo ai suoi fini. Come già ricordato, la regola generale in tema di iscrizioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante è contenuta nell'art. 6, comma 7, del D.Lgs. n. 286 del 1998 («Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione»), al quale la norma censurata deroga senza alcun ragionevole motivo. Questa Corte ha già chiarito che qualsiasi scelta legislativa che si discosti dalle norme generali del D.Lgs. n. 286 del 1998 'dovrebbe permettere di rinvenire nella stessa struttura normativa una specifica, trasparente e razionale "causa giustificatrice", idonea a "spiegare", sul piano costituzionale, le "ragioni" poste a base della deroga' (sentenza n. 432 del 2005): il che non si può dire della norma censurata. (...) Essa priva, infatti, i richiedenti asilo del diritto a iscriversi all'anagrafe dei residenti, senza una causa giustificatrice idonea.»

norma generale particolarmente importante, derivata e derivabile o da cui sono, a sua volta, derivabili altre norme inesprese. In numerosissimi casi, essa è posta a fondamento giustificativo di norme o insiemi di norme, dei ragionamenti giuridici, delle decisioni dei casi giuridici, ancorché i passaggi logici e le scelte valoriali che accompagnano le operazioni stingano spesso in un complessivo richiamo a una pluralità di principi e valori generati dalla stessa giurisprudenza. Viene quindi usata per identificare norme implicite ossia ricavate per via d'interpretazione, *rectius* integrazione del diritto o di suoi sotto-ambiti, e/o per circoscrivere le possibili conseguenze o gli effetti delle norme dotate di disposizione<sup>20</sup>. La possibilità d'integrazioni varia – per i giudici – a seconda della diversa estensione della normativa da doversi ricavare in via implicita: a prescindere da qualsiasi considerazione circa la derivabilità logica o meno tra norme, in un'ottica di auto-limitazione, si ritiene ragionevole procedere a interpolazioni puntuali o specifiche, mentre l'appello al ragionevole si ritiene strumento non sufficiente per creare *ex novo* una disciplina generale<sup>21</sup>. D'altro canto, è tipico operare interventi

<sup>20</sup> Cfr. ad es. Cass. civ. Sez. lavoro, (ud. 04-03-2008) 19-05-2008, n. 12624 enuncia il seguente principio di diritto: «Tra le ipotesi di esenzione dall'obbligo del minimale contributivo in edilizia, elencate dal D.L. 23 giugno 1995, n. 244, art. 29 convertito in L. 8 agosto 1995, n. 341 e dal D.M. 16 dicembre 1996, vanno ricomprese anche le sospensioni di attività aziendale senza intervento della CIG, preventivamente comunicate agli enti previdenziali, in modo da consentirne gli opportuni controlli», sulla base delle tesi che trattasi di una interpretazione della norma in esame (*rectius* disposizione) che ne privilegia la *ratio*, sopra enunciata, costituzionalmente orientata secondo il canone del trattamento normativo eguale di situazioni eguali, nonché di ragionevolezza. Secondo la Corte, le moderne teorie sulla interpretazione della legge negano al dato testuale esistenza autonoma e preesistente al risultato dell'attività interpretativa, e concepiscono l'attività dell'interprete come opera di ricostruzione del sistema, composto di norme esplicite e norme implicite nel sistema legislativo.

<sup>21</sup> Corte cost., Sent., (ud. 23-03-2010) 15-04-2010, n. 138, nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile ricorda che «[l']art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni

d'interpolazione delle disposizioni, per cui alle parole espresse nei testi si aggiungono componenti inesprese, che evidentemente danno luogo a nuove norme più complesse<sup>22</sup>.

S'impiega anche quale figura di qualificazione giuridica. È infatti criterio di comportamento per i consociati e rappresenta dunque una modalità o una linea generale di azione; questa regola viene poi specificata a seconda del tipo e del contesto d'azione. In particolare è un criterio di rilevanza giuridica che stabilisce quali fatti/fenomeni sono giuridicamente rilevanti per un certo diritto: ad esempio solo le aspettative ragionevoli generano affidamento legittimo e come tale giuridicamente tutelato<sup>23</sup>. Una particolare declinazione

---

dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convenienze *more uxorio*: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.»

<sup>22</sup> Così ad esempio, l'articolo 125 (Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione) del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 Codice della proprietà industriale recita quanto segue: «1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento». La giurisprudenza di legittimità afferma che «il criterio della “giusta royalty” o “royalty virtuale” segna solo il limite inferiore del risarcimento del danno liquidato in via equitativa e che però esso non può essere utilizzato a fronte dell'indicazione, da parte del danneggiato, di ulteriori e diversi ragionevoli criteri equitativi, il tutto nell'obiettivo di una piena riparazione del pregiudizio risentito dal titolare del diritto di proprietà intellettuale (Sez. 1, n. 5666 del 2.3.2021, Rv. 660575 - 01)» (v. Cass. civ. Sez. I, Ord., (ud. 01-12-2021) 13-12-2021, n. 39762).

<sup>23</sup> Cfr. ad es. Cass. civ. Sez. I, Ord., (ud. 10-06-2021) 30-06-2021, n. 18610 la quale sottolinea con riguardo alla ipotesi di impresa finanziata in istato di crisi o d'insolvenza che «quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento di quella crisi. In sostanza, sovente il confine tra finanziamento “meritevole” e finanziamento “abusivo” si fonderà sulla ragionevolezza

di ciò è data dall'affidamento ragionevole che impedisce l'*overruling* processuale ed è requisito che legittima invece il *prospective overruling*<sup>24</sup>.

Il ragionevole è, a vario proposito, uno standard di giudizio per le corti. Ricordando il già citato caso emblematico dello standard di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale, la ragionevolezza è uno standard di valutazione della ricostruzione dei fatti processuali e delle prove e/o della colpevolezza dell'imputato<sup>25</sup>. Nel giudizio civile, è uno dei

---

e fattibilità di un piano aziendale. Al riguardo, un criterio di diritto positivo può essere rinvenuto nell'art. 67 L. Fall.: il quale, similmente al D.Lgs. n. 14 del 2019, artt. 56 e 284, menziona il piano 'che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria'. Un utile ausilio, in tal senso, può trarsi altresì dai criteri enunciati dall'art. 69-quinquiesdecies t.u.b., introdotto dal D.Lgs. 16 novembre 2015, n. 181: norma che, sia pure nell'ambito del "sostegno finanziario" infragruppo, indica le condizioni in cui esso è lecito, proprio enunciando i criteri in base a cui 'si può ragionevolmente prospettare che il sostegno fornito ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario' e 'vi è la ragionevole aspettativa... che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria'.

<sup>24</sup> Tra le più recenti, Cass. civ. Sez. V, Sent., (ud. 16-11-2021) 21-12-2021, n. 40915 ricorda che «affinché si possa parlare di "prospective overruling", devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto "overruling" comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte" (Cass. n. 28967/2011)».

<sup>25</sup> Tra le concezioni più significative, si veda Cass. pen. Sez. II, Sent., (ud. 15-10-2021) 17-12-2021, n. 46385: «2.2. "Il ragionevole dubbio". Per quel che concerne il significato da attribuire alla locuzione "oltre ogni ragionevole dubbio", presente nel testo novellato dell'art. 533 c.p.p. quale parametro cui conformare la valutazione inerente all'affermazione di responsabilità dell'imputato, è opportuno evidenziare che, al di là dell'icastica espressione, mutuata dal diritto anglosassone, ne costituiscono fondamento il principio costituzionale della presunzione di innocenza e la cultura della prova e della sua valutazione, di cui è permeato il nostro sistema processuale. Si è, in proposito, esattamente osservato che detta espressione ha una funzione meramente descrittiva più che sostanziale, giacché, in precedenza, il "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza dell'imputato ne comportava pur sempre il proscioglimento a norma dell'art. 530 c.p.p., comma 2, sicché non si è in presenza di un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice di rito, ma è stato ribadito il principio, già in precedenza immanente nel nostro ordinamento costituzionale ed ordinario (tanto da essere già stata adoperata dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema - per tutte, Sez. un., sentenza n. 30328 del 10 luglio 2002, CED Cass. n. 222139 -, e solo successivamente recepita nel testo novellato dell'art. 533 c.p.p.), secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale assoluta della responsabilità dell'imputato (Cass. pen., Sez. 2, sentenza n. 19575 del 21 aprile 2006, CED Cass. n. 233785; Sez. 2, sentenza n. 16357 del 2 aprile 2008, CED Cass. n. 239795). Ciò comporta che il vizio di motivazione va escluso quando il ragionamento sia effettivamente adeguato a superare il ragionevole dubbio e, per conver-

parametri di controllo di correttezza del ragionamento probatorio e del relativo *iter* motivazionale<sup>26</sup>.

La ragionevolezza come standard di giudizio assume anche la forma di criterio di valutazione della correttezza o rilevanza o pertinenza di preve decisioni. Ciò avviene ad esempio nell'alternativa tra la conferma dello *stare decisis* ovvero la introduzione di un *distinguishing*, in cui ci si discosta dai precedenti giurisprudenziali.<sup>27</sup>

so, sussiste quando le alternative proposte dalla difesa siano logiche e fondate su elementi di prova acquisiti al processo e regolarmente prospettati. Infatti, la condanna può essere pronunciata a condizione che il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili “in rerum natura” ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana (Cass. 17921/2010 Rv. 247449; Cass. 2548/2015 Rv. 262280; Cass. 20461/2016 Rv. 266941)».

<sup>26</sup> Cfr. tra le moltissime, ad es. Cass. civ. Sez. II, Ord., (ud. 08-06-2021) 22-10-2021, n. 29579 rammenta quanto segue: «La valutazione delle prove raccolte, infatti, anche se si tratta di presunzioni (Cass. n. 2431 del 2004; Cass. n. 12002 del 2017; Cass. n. 1234 del 2019), costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale (anche quando si sia discostato, fornendo adeguata giustificazione del proprio convincimento, dalle conclusioni esposte dal consulente tecnico d'ufficio) non sono sindacabili in cassazione (Cass. n. 11176 del 2017, in motiv.). Rimane, pertanto, estranea al vizio previsto dall'art. 360 c.p.c., n. 5, qualsiasi censura volta a criticare il “convincimento” che il giudice si è formato, a norma dell'art. 116 c.p.c., commi 1 e 2, in esito all'esame del materiale probatorio mediante la valutazione della maggiore o minore attendibilità delle fonti di prova. La deduzione del vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, non consente, quindi, di censurare la complessiva valutazione delle risultanze processuali contenuta nella sentenza impugnata, contrapponendo alla stessa una diversa interpretazione, al fine di ottenere la revisione da parte del giudice di legittimità degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice di merito. Com'è noto, il compito di questa Corte non è quello di condividere o non condividere la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata né quello di procedere ad una rilettura degli elementi di fatto posti fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dai giudici di merito (Cass. n. 3267 del 2008), dovendo, invece, solo controllare se costoro abbiano dato conto delle ragioni della loro decisione e se il loro ragionamento probatorio, qual è reso manifesto nella motivazione del provvedimento impugnato, si sia mantenuto, com'è accaduto nel caso in esame, nei limiti del ragionevole e del plausibile (Cass. n. 11176 del 2017, in motiv.)».

<sup>27</sup> Secondo Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 16-03-2016) 30-06-2016, n. 13433, «una corretta applicazione dei principi convenzionali porta, non già ad un'assimilazione indifferenziata delle sanzioni amministrative a pene in senso proprio - che, tra l'altro, segnerebbe, in controtendenza con una politica del diritto evolutiva, volta a circoscrivere l'area di quest'ultima (il diritto mite), un “mouvement de penalisation” di segno culturalmente regressivo - quanto all'uso accorto della tecnica del *distinguishing*, senza escludere, quindi, in sede comparativa, la rilevanza di aspetti fattuali profondamente distintivi: tra i quali, da ultimo ma non

La ragionevolezza serve altresì da regola di interpretazione degli enunciati normativi. In questa veste si possono individuare alcune regole di re-interpretazione, che servono a scegliere tra più possibili significati, le quali conducono all'estensione o alla riduzione del significato ascritto con una precedente interpretazione. Tra le numerose, alcune regole di re-interpretazione sono:

- a) "a ogni disposizione deve essere ascritto un significato ragionevole"<sup>28</sup>;
- b) "in caso di pluralità di esiti interpretativi tutti non irragionevoli, a ogni disposizione deve essere ascritto il significato più ragionevole"<sup>29</sup>;

per ultimo, l'eventuale stigma sociale, incontestabilmente più grave, in linea di principio, in caso di condanna penale. (...) In sintesi, la ricorrenza di alcuni caratteri comuni non comporta, di necessità, l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale a tutti gli effetti, in virtù di assonanze formali, talvolta ridondanti nella magia delle parole ("afflittività"): del resto riscontrabili, come detto, perfino in fattispecie civili, senza dubbio irriducibili ad una nozione astratta unitaria. (...) Per contro, la distonia tra una concezione panpenalistica - tale da precludere in via generale ed astratta il concorso reale di sanzioni - e la disciplina interna, sorretta da diuturna tradizione culturale, porrebbe problemi non lievi di compatibilità e perfino di eventuali controlimiti: come ad esempio, alla luce del carattere obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.), che non potrebbe essere menomato dall'irrogazione di una precedente sanzione amministrativa. Ne consegue, in ultima analisi, che l'assimilazione della sanzione irrogata dalla Consob ad una sanzione di tipo penale, affermata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella citata sentenza Grande Stevens c. Italia, con riferimento specifico al divieto "ne bis in idem", in forza della ritenuta identità del fatto materiale allora all'esame, non vale ad enucleare, per ipostasi, un principio generale di equiparazione: tale, da estendere, nella diversa fattispecie oggetto del presente giudizio, il principio - di natura eccezionale - della retroattività dello *jus superveniens*: tanto meno, quando questo neppure possa essere qualificato *lex mitior*. Un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale ritiene inapplicabile, infatti, in materia di sanzioni amministrative, il principio della retroattività della legge più favorevole al reo di cui all'art. 2 c.p., in forza dell'autonomia reciproca dei due sistemi sanzionatori (...); sul punto la Corte ricorda le pronunce della Corte Costituzionale 24 aprile 2002 n. 140 e Corte Costituzionale 15 luglio 2003 n. 245, secondo cui «in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire, in caso di successione di leggi nel tempo, un vincolo imposto al legislatore nel senso dell'applicazione della legge posteriore più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggior o minor rigore, a seconda delle materie».

<sup>28</sup> La giurisprudenza afferma ad esempio che "il giudice" (e non altri funzionari riconducibili al potere esecutivo) è l'«unico soggetto dell'ordinamento cui è attribuito il potere-dovere di accertare la ragionevolezza di una determinata interpretazione» (Cass. civ. Sez. V, Ord., (ud. 24-05-2021) 28-09-2021, n. 26208; Cass. n. 3108 del 01/02/2019; Cass. n. 15452 del 13/06/2018; Cass. n. 23845 del 23/11/2016; Cass. n. 13076 del 24/06/2015; Cass. n. 4522 del 22/02/2013).

<sup>29</sup> Come ricorda Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 04-04-2018) 30-07-2018, n. 20089, le Sezioni Unite della Cassazione 17589/2015 hanno valutato le differenti opzioni interpretative del D.L. n. 201 del 2011, art. 24, comma 4 e le ragioni della non applicabilità all'Inpgi

c) “in caso di esito interpretativo irragionevole per sovrainclusione, la disposizione deve essere reinterpretata escludendo la fattispecie irragionevolmente inclusa”;

d) “in caso di esito interpretativo irragionevole per sottoinclusione, la disposizione deve essere re-interpretata includendo la fattispecie irragionevolmente esclusa”.<sup>30</sup>

della disciplina. Le Sezioni Unite hanno stabilito che «il legislatore con il richiamo ai ‘limiti ordinamentali’ intende precisare che la “incentivazione” al prolungamento del rapporto di lavoro non deve collidere con le disposizioni che, sul piano legislativo regolano gli specifici comparti (individuati sulla base della disciplina del rapporto tanto sul piano della regolazione sostanziale che di quella previdenziale) di appartenenza del lavoratore e che potrebbero essere ostativi al nuovo regime previsto dalla disposizione in esame. Di fronte alla genericità della formulazione della disposizione legislativa, quella che viene qui sostenuta, rappresenta l’interpretazione più ragionevole della norma, coerente con la soluzione sopra adottata, secondo cui i regimi previdenziali toccati dall’art. 24, comma 4, sono solo quelli regolati per legge. Tale conclusione trova in qualche modo conferma nella disposizione del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, conv. dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, che, nell’ambito del perseguimento di obiettivi di razionalizzazione della spesa nelle pubbliche amministrazioni e nelle società partecipate, all’art. 2, comma 5, dà l’interpretazione autentica dell’art. 24, comma 4, sopra indicato. Detto D.L. n. 101 del 2013, prevede, infatti, che per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d’ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall’elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia. Il suo superamento, precisa la norma, è possibile solo per il trattenimento in servizio o per consentire all’interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione. Inoltre, la disposizione nel prevedere che ‘il proseguimento dell’attività lavorativa è incentivato... dall’operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all’età di settant’anni...’ non attribuisce al lavoratore un diritto di opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, né consente allo stesso di scegliere tra la quiescenza o la continuazione del rapporto, ma prevede solo la possibilità che, grazie all’operare di coefficienti di trasformazione calcolati fino all’età di settanta anni, si creino le condizioni per consentire ai lavoratori interessati la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i limiti previsti dalla normativa di settore. È questo il senso della locuzione ‘è incentivato... dall’operare dei coefficienti di trasformazione...’, la quale presuppone che non solo si siano create dette più favorevoli condizioni previdenziali, ma anche che, grazie all’incentivo in questione, le parti consensualmente stabiliscano la prosecuzione del rapporto sulla base di una reciproca valutazione di interessi” (Cass. SU n. 17589/2015). La chiara indicazione delle Sezioni Unite rende conseguente affermare che la norma, nell’incentivare il proseguimento del rapporto sino al 70 anno, non individui un diritto soggettivo in capo al lavoratore indipendentemente dalla volontà comune del datore di lavoro. Essa dispone una situazione di semplice favor nei confronti del prolungamento del rapporto che, considerando i ‘fermi... limiti ordinamentali dei rispettivi settori’, presuppone e richiede la comune volontà delle parti del rapporto sulla prosecuzione dello stesso».

<sup>30</sup> Così ad esempio, secondo il consolidato indirizzo della Corte di Cassazione, «in tema di condono fiscale, la proroga biennale dei termini di accertamento, accordata agli uffici finanziari dalla L. n. 289 del 2002, art. 10, opera, “in assenza di deroghe contenute nella legge”

sia nel caso in cui il contribuente non abbia inteso avvalersi delle disposizioni di favore di cui alla suddetta legge, pur avendovi astrattamente diritto, sia nel caso in cui non abbia potuto farlo, perché raggiunto da un avviso di accertamento notificatogli prima dell'entrata in vigore della legge.” (Cass. n. 17935 del 2012; conf. Cass. n. 33775 del 2019, che richiama Cass. n. 16964 del 2016 e Cass. n. 3816 del 2018); (...) da un lato, non potendo desumersi argomenti in contrario dalla generica locuzione normativa “i contribuenti che non si avvalgono”, venendo in ogni caso ad essere circoscritta la iniziativa volontaria del contribuente di avvalersi della dichiarazione integrativa nell'ambito dei limiti legali previsti per il suo esercizio, dovendo quindi ricomprendersi nella indicata espressione anche la ipotesi in cui la legge non consenta di avvalersi di detta integrazione ai fini del condono (cfr. Corte Cass. 5 sez. 23.7.2010 n. 17395); dall'altro apparendo incompatibile con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) la diversa interpretazione secondo cui la norma riserverebbe - illogicamente - un trattamento differenziato ai contribuenti che non hanno inteso avvalersi del condono rispetto a quelli (che risulterebbero così avvantaggiati dal più breve termine di decadenza per l'accertamento) nei cui confronti difettano gli stessi presupposti di legge per esercitare la facoltà di integrazione della dichiarazione e fruire del condono (Cass. n. 3782 del 2016, che richiama Cass. n. 14018 del 2012; Cass. n. 22921 del 2014)”. (Cass. civ. Sez. V, Ord., (ud. 25-11-2021) 20-12-2021, n. 40738).» Ancora, Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 12-01-2021) 17-12-2021, n. 40543 evidenzia «che l'applicazione della regola ormai riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte come avente portata generale- anche agli atti di imposizione tributaria risponde alle stesse esigenze di tutela poste a fondamento degli interventi della Corte Costituzionale ed è rispettosa dei principi dalla stessa fissati, dovendosi, di contro, escludere i dubbi paventati dall'ordinanza di remissione anche e, soprattutto, con particolare riferimento alla decadenza dal potere accertativo. Il principio di scissione soggettiva degli effetti della notificazione, come sancito dalla Corte costituzionale per gli atti processuali e traslato, al di fuori di tale specifico ambito, dai citati arresti di queste Sezioni unite del 2010, 2015 e 2017, trova il suo fondamento nella tutela del diritto di difesa e nel principio di ragionevolezza. Questi due valori di rilievo costituzionale impongono la conclusione secondo cui l'esercizio del diritto non possa essere pregiudicato senza una valida ragione, nell'ottica di un equo bilanciamento d'interessi tra chi eserciti un diritto e chi ne subisca l'esercizio. In particolare, il principio di ragionevolezza esclude che il lasso temporale tra la richiesta di notifica possa ripercuotersi in danno del notificante, a cui si richiede solo che l'attività a proprio carico sia stata compiuta nel termine di legge. Come esplicitato da Cass.Sez.U. n. 24822 del 2015...nel bilanciamento degli interessi tra la perdita definitiva di un diritto per una parte e un lucro indebito per l'altra parte la soluzione più razionale è quella di salvaguardare il diritto di una parte incolpevole ponendo a carico dell'altra parte - parimenti incolpevole un pati, cioè una situazione di attesa che non pregiudica, comunque, la sua sfera giuridica. D'altro canto, come già evidenziato da Cass. Sez. U. n. 8830/2010 cit., è affermazione costante nella giurisprudenza di legittimità che le norme che dispongono decadenze debbono essere interpretate in senso favorevole al soggetto onerato e che la disciplina generale dell'istituto non assolve funzioni di tutela del destinatario dell'atto, rinvenendosi nell'ordinamento una regola generale secondo cui l'impedimento della decadenza non richiede la conoscenza dell'atto. (...) In tale ottica, l'atto amministrativo tributario, con il quale si esercita il potere impositivo, sottoposto, dalle singole leggi di imposta, ad un termine di decadenza, presenta evidenti analogie con l'atto processuale, condividendo con questo l'esercizio di un potere di iniziativa sottoposto a termini di decadenza e la necessità di essere portato a conoscenza del destinatario per essere efficace. Alla luce di quanto espo-

L'uso di queste regole di re-interpretazione è assai raramente esplicitato da chi ne fa uso nelle motivazioni giurisprudenziali. È piuttosto ricavabile dagli usi stessi, sicché la loro formulazione è frutto di una ricostruzione analitica. Dalla pratica emerge come non vi sia un ordine rigido d'uso di tali regole di re-interpretazione che quindi possono essere utilizzate ciascuna, come regola esclusiva o concorrente con altre, in sede di seconda, terza, quarta, etc. re-interpretazione. Il tutto dipende dagli stili argomentativi e dalla complessità e dalla resistenza dei dubbi interpretativi.

Vi sono anche ulteriori regole interpretative che si ricollegano alla ragionevolezza: così, ad esempio, premesso che l'interpretazione del diritto dell'Unione elaborata dalla Corte di giustizia è formalmente vincolante per i giudici nazionali, essi hanno l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., a meno che il significato della disposizione normativa si imponga con evidenza tale da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.<sup>31</sup>

Altri usi della ragionevolezza riguardano la individuazione della ipotetica volontà del legislatore o della intenzione dei consociati manifestata tramite il compimento di determinati atti giuridici (ad es. una promessa, una proposta contrattuale, un atto di revoca o di riconoscimento ecc.). In questo ambito, spesso, il giudizio di ragionevolezza è un giudizio – solo in senso lato – controfattuale che viene condizionato da una pluralità di assunzioni e opzioni di valore<sup>32</sup>.

---

sto in ordine alla peculiare natura recettizia dell'atto di imposizione tributaria e all'istituto, in genere, della decadenza, appare conforme al principio di ragionevolezza e rispettoso del conseguente bilanciamento degli interessi, come richiesto da Cass.Sez.U. n. 24822 del 2015, ritenere che, così come un atto di impugnazione processuale deve ritenersi tempestivamente notificato, per il notificante, se la richiesta di notifica sia avvenuta nel termine di legge, anche l'atto tributario deve ritenersi rispettoso del termine di decadenza previsto per legge se entro tale termine sia stato emesso e sia stato oggetto di richiesta di notificazione.»

<sup>31</sup> Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 10-10-2017) 29-12-2017, n. 31226.

<sup>32</sup> Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 28-10-2020) 23-12-2020, n. 29465 a proposito di un sinistro e conseguente responsabilità ex art. 2043 e/o 2051 c.c. e art. 2059 c.c.; secondo la Corte di Cassazione: «- il caso fortuito è costituito da tutto ciò che non è prevedibile oggettivamente ovvero che rappresenta un'eccezione alla normale sequenza causale e che ha idoneità causale assorbente; - l'imprevedibilità è apprezzabile in termini oggettivi (...), senza che possa riconoscersi alcuna rilevanza dell'assenza o meno di colpa del custode; - l'imprevedibilità è suscettibile di esaurirsi col tempo, giacché una modifica improvvisa delle condizioni della cosa, quale un evento meteorico intenso (...) fa perdere, col trascorrere del tempo dal suo accadimento, la sua natura eccezionale, finendo col fare corpo con la cosa stessa, sicché è a questa, come modificata dall'evento originariamente improvviso, che correttamente va ascritto il fatto dannoso che ne deriva; - il caso fortuito può essere integrato dalla stessa condotta del danneggiato (che abbia usato un bene senza la normale diligenza o con affidamento soggettivo anomalo) quando essa si sovrapponga alla cosa al punto da farla recedere a mera occasione o "teatro" della vicenda produttiva di danno, assumendo efficacia

La ragionevolezza è usata come argomento giuridico in più versioni e al fine di perseguire diverse funzioni espressive; si trova combinata con una grande varietà di altri canoni e utilizzata a diversi livelli nell'argomentazione. Si possono ricordare tra gli altri l'argomento del ragionevole inteso come: a) economico, non ridondante, efficace e simili<sup>33</sup>; b) plausibile (secondo comune buonsenso ordinario o giuridico)<sup>34</sup>; c) non assurdità<sup>35</sup>; d) congruenza intrasistematica<sup>36</sup>; e) proporzionalità o adeguatezza delle forme di tutela<sup>37</sup>; f) razionalità (coerenza e/o efficienza rispetto ai fini o scopi)<sup>38</sup>; g)

---

causale autonoma e sufficiente per la determinazione dell'evento lesivo, così da escludere qualunque rilevanza alla situazione preesistente; - quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso; - chi entra in contatto con la cosa ha un dovere di cautela, derivante dal principio di solidarietà (ex art. 2 Cost.), che comporta la necessità di adottare condotte idonee a limitare entro limiti di ragionevolezza gli aggravi per i terzi, in nome della reciprocità degli obblighi derivanti dalla convivenza civile.»

<sup>33</sup> Si veda ad es. Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 08-06-2021) 04-08-2021, n. 22302.

<sup>34</sup> Si veda ad es. Cass. civ. Sez. VI - 5, Ord., (ud. 07-10-2021) 20-12-2021, n. 40844 e Cass. civ. Sez. II, Ord., (ud. 13-10-2021) 15-12-2021, n. 40295.

<sup>35</sup> Si veda ad es. Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., (ud. 04-04-2017) 10-07-2017, n. 17006.

<sup>36</sup> Si veda ad es. Cass. civ. Sez. V, Ord., (ud. 13-05-2021) 04-11-2021, n. 31693.

<sup>37</sup> Cfr. ad es. Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 19-10-2021) 19-11-2021, n. 35459: «L'apprezzamento della gravità del fatto e della condotta addebitata all'incolpato, rilevante ai fini della scelta della sanzione opportuna, ai sensi dell'art. 22 codice deontologico forense, è rimesso all'Ordine professionale, ed il controllo di legittimità sull'applicazione di tale norma non consente alla Corte di cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nel giudizio di adeguatezza della sanzione irrogata, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza, che attiene non alla congruità della motivazione, ma all'individuazione del precetto e rileva, quindi, ex art. 360 c.p.c., n. 3 (Cass. Sez. U., 17/03/2017, n. 6967; Cass. Sez. U., 06/11/2020, n. 24896).»

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., Sent., (ud. 21-03-2017) 12-07-2017, n. 169 concernente i giudizi di legittimità costituzionale promossi dalla Regione Veneto e dalla Regione Liguria nei confronti degli artt. 9-bis; 9-ter, commi 1, lettere a) e b), 2, 3, 4, 5, 8 e 9; 9-quater, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7; e 9-septies, commi 1 e 2, del D.L. 19 giugno 2015, n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali), convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 125. Di ragionevolezza come «specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga» parla ad esempio Cass. civ. Sez. III, Ord., (ud. 07-06-2021) 23-06-2021, n. 17970.

valutazione ponderata di costi e benefici<sup>39</sup>.

Uno dei più noti impieghi della ragionevolezza è come criterio di bilanciamento tra principi, valori, beni o interessi, funzionale a trovare un (giusto o equo) equilibrio tra gli elementi in gioco. Tra le concezioni più salienti, e discusse, vi è quella, fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori [ad esempio, n.d.r.] dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>40</sup>.

Una declinazione di questa visione è rappresentata dall’“accomodamento ragionevole”<sup>41</sup>, la cui peculiarità rispetto al bilanciamento sembrerebbe consistere nella esigenza di perseguire il massimo consenso possibile, tramite il dia-

<sup>39</sup> Si veda ad es. Cass. civ. Sez. Unite, Ord., (ud. 14-12-2021) 22-12-2021, n. 41308.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost., Sent., (ud. 09-04-2013) 09-05-2013, n. 85; ma si vedano anche Corte Cost. sentenze n. 10 del 2015, n. 63 del 2016, n. 20 del 2017, n. 58 del 2018.

<sup>41</sup> L’accomodamento ragionevole viene presentato da Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 06-07-2021) 09-09-2021, n. 24414 «come ricerca, insieme, di una soluzione mite, intermedia, capace di soddisfare le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti concedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo in direzione dell’altro. L’accomodamento ragionevole è il luogo del confronto: non c’è spazio per fondamentalismi, per dogmatismi o per posizioni pretensive intransigenti che debbano valere in ogni caso nella loro pienezza irrelata. L’accomodamento ragionevole è basato sulla capacità di ascolto e sul linguaggio del bilanciamento e della flessibilità. Valorizza le differenze attraverso l’avvicinamento reciproco orientato all’integrazione tra le diverse culture. La dimensione che lo caratterizza è quella dello stare insieme, improntata ad una logica dell’*et et*, non dell’*aut aut*. (...) L’accomodamento ragionevole si traduce in soluzioni di mediazione e di limitazione proporzionata (...) favorisce, insieme al raggiungimento di soluzioni concrete più eque, l’incontro e la creazione di un clima di mutuo rispetto, di condivisione e di comune appartenenza, di coesione e di intesa». Seguendo questa linea, secondo le Sezioni Unite della Cassazione, se per un verso «la disciplina dei diritti costituzionali non tollera eccessive elasticità interpretative», per altro verso, tuttavia, si rimette all’autonomia della comunità di riferimento il «ricercare un ragionevole accomodamento con il più ampio consenso possibile» all’interno di quella stessa comunità; «il metodo ed il criterio dell’accomodamento ragionevole non si lasciano compendiare nel riconoscimento di un potere di veto assoluto del singolo».

logo, con esclusione tuttavia di qualsiasi diritto di veto da parte di chicchessia.

Un'altra concezione pone maggiormente l'accento sulla ragionevolezza come rivedibilità della scelta normativa che fa prevalere, ma appunto sotto monitoraggio, la prevalenza di determinate competenze e diritti su altri<sup>42</sup>. Similmente, il giudizio di ragionevolezza può essere connotato temporalmente e quindi quel che appare ragionevole in un certo arco temporale (eccezionale/emergenziale) richiede una rivalutazione e può apparire irragionevole ove si protragga in un arco temporale più ampio<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Così ad esempio la Corte cost., Sent., (ud. 21-11-2017) 18-01-2018, n. 5 nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1, 2, 3, 4 e 5; 3; 4; 5 e 7, del D.L. 7 giugno 2017, n. 73 (Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale) e degli artt. 1, commi 1, 1-bis, 1-ter, 2, 3, 4 e 6-ter; 3; 3-bis; 4; 5; 5-quater e 7 del medesimo decreto-legge, convertito, con modificazioni, dalla L. 31 luglio 2017, n. 119, promossi dalla Regione Veneto. La Corte riconosce che «il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento - ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il D.L. n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale - occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (...). Il secondo è che nel nuovo assetto normativo (...) il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione (...) il legislatore ha ritenuto di dover rafforzare la coerenza degli strumenti della profilassi vaccinale, configurando un intervento non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche. Nulla esclude che, mutate le condizioni, la scelta possa essere rivalutata e riconsiderata. In questa prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario, il legislatore - ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter del D.L. n. 73 del 2017, come convertito - ha opportunamente introdotto in sede di conversione un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella cessazione della obbligatorietà di alcuni vaccini (e segnatamente di quelli elencati all'art. 1, comma 1-bis: anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella). Questo elemento di flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, denota che la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso.»

<sup>43</sup> Così ad esempio Corte cost., Sent., (ud. 09-06-2021) 22-06-2021, n. 128 nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 54-ter del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), introdotto dall'Allegato alla L. di conversione 24 aprile 2020, n. 27 (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione dei decreti legislativi), come modificato dall'art. 4, comma 1, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 (Ulteriori misure urgenti in materia di

Non mancano peraltro applicazioni in cui il ragionevole bilanciamento in realtà sfocia in una prevalenza di un valore o interesse su quello “concorrente” soppesato<sup>44</sup>.

Infine, pervasivo è l'uso della ragionevolezza come parametro per distinguere tra casi diversi e casi eguali anche al di là di ogni analogia o, per

---

tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella L. 18 dicembre 2020, n. 176, e come prorogato, nel termine d'efficacia, dall'art. 13, comma 14, del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, recante “Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea”, convertito, con modificazioni, nella L. 26 febbraio 2021, n. 21: «il protrarsi del sacrificio richiesto ai creditori procedenti *in executivis*, che di per sé non costituiscono una categoria privilegiata e immune dai danni causati dall'emergenza epidemiologica, avrebbe dovuto essere dimensionato rispetto alle reali esigenze di protezione dei debitori esecutati, con l'indicazione di adeguati criteri selettivi (...) Invece, nella proroga della sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale, di cui alla disposizione censurata, nessun criterio selettivo è stato previsto a giustificazione dell'ulteriore protrarsi della paralisi dell'azione esecutiva. Il legislatore, cioè, ha prorogato una misura generalizzata e di *extrema ratio*, quale quella della sospensione delle predette espropriazioni immobiliari, mentre avrebbe dovuto specificare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell'esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco. (...) In conclusione, il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato (...) per violazione degli artt. 3, primo comma, e 24, primo e secondo comma, Cost. (...). Resta ferma in capo al legislatore, ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richieda, la possibilità di adottare le misure più idonee per realizzare un diverso bilanciamento, ragionevole e proporzionato, contemperando il diritto all'abitazione del debitore esecutato e la tutela giurisdizionale *in executivis* dei creditori procedenti.»

<sup>44</sup> Così ad esempio «con riguardo alla ragionevolezza della misura della sospensione dall'esercizio della professione e al sotteso bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla presente vicenda - pur tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali», si afferma che sia «assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, la salvaguardia delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbilità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età) bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo posti di frequente a contatto con il personale sanitario o sociosanitario. Verso costoro sussiste uno stringente vincolo di solidarietà, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.) ed immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, che impone di scongiurare l'esito paradossale di un contagio veicolato dagli stessi soggetti chiamati alle funzioni di cura ed assistenza» (Cons. Stato Sez. III, Ord., (ud. 02-12-2021) 03-12-2021, n. 6476). In questo caso, la ragionevolezza della misura consiste quindi nel fatto che fa prevalere quelli che si considerano prioritari nel «bilanciamento di opposti interessi».

meglio dire, a prescindere da qualsiasi esplicito richiamo alla medesima che pertanto sovente resta latente nel ragionamento. Dove infatti conta non qualunque somiglianza o differenza, si va alla ricerca di una somiglianza ragionevole. Questo uso permea anche e, in moltissimi casi, nei fatti stinge nell'applicazione del principio di eguaglianza: nei suoi due volti dell'eguale trattamento dei casi eguali e del diverso trattamento dei casi differenti.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Tra le tante, si veda ad es. la sentenza n. 88 del 2019 della Corte Costituzionale di dichiarazione di illegittimità costituzionale del meccanismo di applicazione automatica della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, nei casi di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, previsto dall'art. 222, comma 2, quarto periodo, del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b), numero 1), della L. 23 marzo 2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e al D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274. La Corte ha ritenuto che tale automatismo sanzionatorio - esteso in modo indiscriminato a tutte le fattispecie di omicidio e lesioni personali stradali (gravi o gravissime), ricorressero o meno le circostanze aggravanti previste dagli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen., che qualificano negativamente i fatti sul piano della colpevolezza e in rapporto alle quali sono previste pene distinte e graduate - vulnerasse i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità. Inoltre, vale la pena rammentare la opinione della Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 24-09-2019) 13-11-2019, n. 29461 secondo cui «in base all'orientamento generalmente assunto» dalla medesima Corte «(con sentenza 4 febbraio 2019, n. 4890, seguita da Cass. 2 aprile 2019, n. 9090; 5 aprile 2019, n. 9650; 10 aprile 2019, n. 10107; 18 aprile 2019, n. 10922; 2 maggio 2019, nn. 11558, 11559, 11560, 11561; 3 maggio 2019, n. 11593; 8 maggio 2019, n. 12182; 15 maggio 2019, nn. 13079 e 13082; 20 maggio 2019, nn. 13558, 13560, 13561; 22 maggio 2019, nn. 13883 e 13884; 24 maggio 2019, n. 14278; 19 giugno 2019, nn. 16457, 16460, 16461, 16462, 16463 e 16464; 27 giugno 2019, nn. 17306, 17308, 17310, 17311; 5 luglio 2019, nn. 18208, 18211, 18212, 18213 e 18214 e applicata, a quanto consta, dalla parte preponderante della giurisprudenza di merito) (...) il D.L. n. 113 del 2018, come convertito, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) delle nuove norme. (...) il diritto del cittadino straniero di ottenere un titolo di soggiorno fondato su "seri motivi umanitari" desumibili dal quadro degli obblighi costituzionali e internazionali assunti dallo Stato è già sorto antecedentemente all'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018, per effetto del verificarsi delle condizioni di vulnerabilità e la proposizione della domanda ne ha cristallizzato il paradigma legale, che non può essere modificato per effetto della successione delle leggi nel tempo; e ciò in aderenza al principio generale di ragionevolezza, che impedisce d'introdurre ingiustificate disparità di trattamento, nonché a esigenze di tutela del legittimo affidamento, connaturato allo Stato di diritto. (...) irragionevole sarebbe discriminare il trattamento giuridico di situazioni giuridiche sostanziali simili, date dalla sussistenza dei presupposti d'insorgenza del diritto a ottenere il rilascio del permesso per ragioni umanitarie, per il solo fatto, del tutto eventuale, che esso sia già stato rilasciato o vi sia stata delibazione favorevole della Commissione territoriale antecedentemente all'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018.»

GIOVANNI TUZET

*Analogia e prova dei fatti\**

Gli uomini dotti dovrebbero sempre accettare con gratitudine nuove ipotesi sulle cose anche se esse sono appena ragionevoli; all'intelligenza di un altro basta a volte un simile eccitante per fare una scoperta importante.

(Lichtenberg)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Analogie fattuali e normative – 3. Somiglianze e standard decisionali – 3.1. Quando le somiglianze sono sufficienti – 3.2. Quando le somiglianze non sono sufficienti – 3.3. Cenni sulla prova analogica in ambito penale – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

Quando si discorre di analogia nel ragionamento giuridico si concentra di solito l'attenzione sul suo ruolo rispetto alle questioni normative, ossia, precisamente, sulla possibilità di colmare le lacune del diritto tramite il ragionamento analogico. In breve, dove l'analogia è permessa: se il diritto è lacunoso rispetto a una fattispecie  $p$  allora occorre cogliere le somiglianze fra  $p$  e altre fattispecie non lacunose, poniamo  $q$  o  $r$ , giudicando quali somiglianze siano rilevanti o maggiormente rilevanti, senza trascurare altresì le differenze fra  $p$ ,  $q$  o  $r$ . Ciò consente di pervenire a una giustificata applicazione a  $p$  della disciplina prevista per  $q$  qualora  $p$  e  $q$  presentino una somiglianza rilevante, o piuttosto pervenire all'applicazione della disciplina prevista per  $r$  qualora la somiglianza rilevante sia fra  $p$  ed  $r$ , il che significa nel primo scenario che fra  $p$  ed  $r$  c'è una differenza rilevante, mentre la differenza rilevante nel secondo scenario è fra  $p$  e  $q$ .

Ho avuto modo di contribuire a questa discussione in varie sedi, a cui mi permetto di rimandare per maggiori dettagli<sup>1</sup>. Nel presente lavoro,

---

\* Per i commenti a una precedente versione di questo lavoro desidero ringraziare Gaetano Carlizzi.

<sup>1</sup> Cfr. G. Tuzet, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, Carocci, 2020; Id., *Su lacune e analogia. Risposte a Ratti e Velluzzi*, in «Notizie di Politeia», 141, 2021, pp. 126 ss.; Id.,

invece, mi concentrerò sul ruolo dell'analogia rispetto alle questioni fattuali e probatorie che si pongono nel ragionamento giuridico. Ritengo si tratti di un aspetto piuttosto trascurato nella nostra letteratura, che merita approfondimento non solo per il suo interesse teorico ma anche per i risvolti pratici che lo caratterizzano, come cercherò di dimostrare.

Un esempio semplice per introdurre il tema è il seguente: se so che il Gin Tonic (*a*) fa ubriacare, posso inferirne che anche il Vodka Tonic (*b*) ha tale effetto, dal momento che, come il primo, il secondo cocktail contiene alcol. L'inferenza può essere rappresentata come segue:

(1)  
*a* fa ubriacare  
*a* e *b* contengono alcol

---

*b* fa ubriacare.

L'esempio è semplice poiché è nota tale proprietà dell'alcol. In virtù di questo la conclusione di (1) è tratta con certezza; ma non sempre è così. Un diverso esempio che riprendo da un classico filosofico di Alfred Ayer mostra che la conclusione di un ragionamento analogico può avere un margine di incertezza, pur essendo del tutto plausibile:

Supponiamo sia stato osservato che su tutte le montagne scalate in una data zona, a una determinata altezza crescono certi fiori; e supponiamo che esista nella zona una montagna che risulta perfettamente simile alle altre, ma per caso ancora non è stata scalata mai. In un caso siffatto possiamo inferire *ex analogia* che se qualcuno salisse su quella montagna, troverebbe anche lassù la stessa vegetazione<sup>2</sup>.

Chiamiamo *F* tali fiori e poniamo che le montagne scalate siano tre,  $M_1$ ,  $M_2$  ed  $M_3$ ; la questione è se i fiori *F* si trovino anche, a una determinata altezza, su  $M_4$ , che non è stata ancora scalata. Il ragionamento che muove per analogia dalle montagne scalate consente di rispondere positivamente alla domanda facendo leva sulla somiglianza fra  $M_4$  e le altre montagne. La questione è appunto fattuale e quanto riscontrato sulle altre montagne può valere come prova della conclusione del ragionamento. Sintetizziamo in questo modo l'inferenza:

---

*Analogia in bonam partem e convivenza more uxorio. Un'analisi argomentativa della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, n. 10381/21, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 1, 2021, pp. 267 ss.*

<sup>2</sup> A.J. Ayer, *Linguaggio verità e logica*, Roma, Feltrinelli, 1961 (1<sup>a</sup> ed. inglese 1936, *Language, Truth and Logic*, Londra, Gollancz), pp. 201-202.

(2)

Su  $M_1$ ,  $M_2$  ed  $M_3$  crescono i fiori F $M_4$  “risulta perfettamente simile” a  $M_1$ - $M_3$ Su  $M_4$  crescono i fiori F.

Nell'esempio di Ayer non è chiaro cosa significhi che la montagna non ancora scalata “risulta perfettamente simile” alle altre, ma qui possiamo prescindere. Il punto che mi preme segnalare è che la conclusione di (2), benché del tutto plausibile, non ha la certezza di (1), dato che (2) non identifica la causa della presenza dei fiori, contrariamente a (1) che si basa sulla conoscenza dell'assunzione di alcol come causa di ubriachezza<sup>3</sup>. Gli esempi che vedremo nel prosieguo sono ancor più significativi in questo senso, vertendo su questioni controverse e mostrando essi che una componente fondamentale del ragionamento analogico è l'*ipotesi* su quale somiglianza sia (più) rilevante<sup>4</sup>.

Questo il percorso che seguirò: dopo aver ricordato l'articolazione fra analogie fattuali e normative nel ragionamento giuridico (§ 2), analizzerò il rapporto fra somiglianze e standard decisionali prendendo a spunto alcuni casi statunitensi (§ 3) e concluderò che gli standard impiegati nella prassi giuridica determinano se un'analogia sia o meno sufficiente ai fini di una decisione (§ 4). Richiederò principalmente dei casi civili, ma seguiranno alcuni cenni al ruolo delle analogie fattuali in ambito penale. Premetto inoltre che, nonostante i casi discussi siano americani, problemi simili si pongono in qualsiasi ordinamento giuridico sviluppato.

## 2. Analogie fattuali e normative

In letteratura si chiama *target* l'entità meno conosciuta su cui verte un ragionamento analogico, mentre è chiamata *source* l'entità più conosciuta da cui muove l'analogia. Stipuliamo inoltre di designare con  $Q$  la proprietà proiettata nel ragionamento da *source* a *target*, designando invece con  $P$  la proprietà rilevante che giustifica tale “proiezione” analogica<sup>5</sup>. Negli esempi

<sup>3</sup> Si potrebbe dire che in (1) c'è un'assunzione causale che manca in (2), dove viene utilizzata solo una correlazione fra certe proprietà delle montagne e la presenza dei fiori.

<sup>4</sup> Ho sostenuto a riguardo che l'analogia ha una fondamentale componente *abduktiva*. Mi permetto di rinviare a G. Tuzet, *Analogia e ragionamento giuridico*, cit., cap. 1.

<sup>5</sup> Sul ragionamento analogico come “proiezione” di proprietà cfr. da ultimo D. Godden, J.

che seguono si potrà osservare l'articolazione fra gli aspetti fattuali e quelli normativi di un ragionamento complesso, dove a partire dalle proprietà di determinate sostanze vengono ricavate conseguenze sotto il profilo deontico relativo a ciò che è permesso, vietato, od obbligatorio.

Supponiamo di interrogarci su una sostanza meno conosciuta, il nostro *target*. E confrontiamola con una sostanza più conosciuta, la nostra *source*. Se sappiamo che la sostanza *source* ha effetti dannosi sul nostro organismo e sappiamo che la sostanza *source* e quella *target* hanno una composizione chimica simile, possiamo concluderne per analogia che anche la sostanza *target* ha (forse, o probabilmente) effetti dannosi sul nostro organismo. Eccone una rappresentazione schematica:

(3)

La sostanza *a* (*source*) è dannosa per la salute (*Q*)

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) hanno una simile  
composizione chimica (*P*)

---

Probabilmente, la sostanza *b* (*target*) è dannosa per la salute (*Q*).

Più astrattamente, dal fatto che *a* ha la proprietà *Q* e dalla somiglianza di *a* e *b* sotto l'aspetto *P* viene inferito che anche *b* ha la proprietà *Q*, assumendo che *P* sia rilevante per *Q*. Si noti che formule cautelative come “forse” e “probabilmente” segnalano il margine di incertezza e fallibilità della conclusione.

L'esempio appena fatto si presta a vederne le possibili implicazioni normative. Assumiamo che il diritto (amministrativo) di un certo ordinamento non permetta la vendita di *a* in quanto sostanza dannosa e non disponga nulla a proposito di *b*. Allora un ragionamento analogico può colmare la lacuna in tale ordinamento, a condizione che sia individuata la *ratio* *R* che rende rilevante una data somiglianza:

(4)

La vendita della sostanza *a* (caso *source*) non è permessa (*Q*)

La sostanza *a* (*source*) e la sostanza *b* (*target*) sono dannose per la salute (*P*)

La protezione della salute (*R*) rende rilevante la somiglianza fra *a* e *b*

---

La vendita della sostanza *b* (caso *target*) non è permessa (*Q*).

---

Grey, *Reasoning by Grounded Analogy*, in «Synthese», 199, 2021, pp. 5419 ss.

Questo è un caso di analogia normativa, non fattuale come in (3). *Q* è ora una proprietà deontica che viene estesa a *b* sulla base della somiglianza rilevante sotto il profilo *P* e sulla base di *R* come *ratio* della disciplina. È proprio *R* a rendere rilevante la somiglianza.

Nel ragionamento giuridico, come abbiamo ricordato inizialmente, l'analogia serve in questo senso a colmare le lacune del diritto (beninteso dove è lecito farlo)<sup>6</sup>. Il ragionamento analogico – nella forma della cd. *analogia legis* – colma le lacune applicando a una fattispecie non regolata la disciplina prevista per una fattispecie regolata, assumendo che fra le due vi sia una somiglianza rilevante. E cosa rende rilevante la somiglianza? Appunto la *ratio*, ossia la ragione di una disciplina, la sua finalità o il suo scopo. Alla luce dello scopo di una disciplina alcune somiglianze sono normativamente rilevanti e altre non lo sono. Quando la somiglianza è rilevante e non si danno rilevanti differenze fra le fattispecie è corretto applicare la disciplina per analogia.

In uno dei casi che menzionerò (*Reserve Mining*), la discussione era sulla somiglianza fra le fibre dell'amianto e le scorie derivanti dal trattamento della taconite, un minerale a basso contenuto di ferro. Era una somiglianza rilevante sotto il profilo della pericolosità per la salute pubblica e delle modalità di smaltimento? Era una somiglianza sufficiente a fini decisionali? Vedremo che gli standard di decisione impiegati nella prassi giuridica determinano la sufficienza di un'analogia, assumendo che le somiglianze considerate siano rilevanti sotto il profilo probatorio.

In un altro caso cui farò riferimento (*Joiner*) le conseguenze normative pretese dall'attore non erano in termini di generale divieto di vendita o utilizzo (che era già stato disposto legislativamente), bensì in termini di risarcimento danni per l'esposizione a una data sostanza. Così il problema non era tanto nella determinazione delle conseguenze giuridiche (cioè nella parte normativa del ragionamento), quanto nella determinazione degli aspetti fattuali del caso, sul presupposto che andava provato l'effetto dannoso della sostanza in questione. Su questi aspetti dell'analogia nel ragionamento giuridico mi concentrerò nel prosieguo.

---

<sup>6</sup> Mi riferisco al noto divieto di applicazione analogica in ambito penale, cui si accompagna la controversa distinzione fra analogia e interpretazione estensiva. Cfr. W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in «Ars Interpretandi», 2, 1997, pp. 171 ss. e G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, § 3. Su analogie e principi nei sistemi di *common law* (scozzese e inglese) si può vedere invece N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 2001 (1ª ed. inglese 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press), cap. VII.

Segnalo anche, prima di passare all'analisi dei casi, che il tradizionale tema dell'estensione analogica di vecchio diritto a nuove tecnologie si ripresenta con l'uso di sistemi esperti e dispositivi di intelligenza artificiale usati per provare i fatti rilevanti in un processo<sup>7</sup>. Ad esempio: il diritto a "confrontare" i testimoni a carico in sede penale (disposto dal Sesto emendamento alla Costituzione americana) vale anche rispetto a un sistema esperto o a un dispositivo artificiale capace di rispondere a domande? Una macchina sofisticata è come un testimone? Va effettuata un'estensione analogica delle regole sui testimoni in carne e ossa ai testimoni artificiali? O va effettuata un'interpretazione estensiva di "testimone"?<sup>8</sup> Ma cosa significherebbe "confrontare" una macchina? E le stesse capacità cognitive delle macchine intelligenti si prestano a questioni analogiche: un sistema esperto e intelligente "percepisce" i dati ambientali in modo analogo a quello in cui li percepiamo noi? È un sistema capace di "apprendere" in modo analogo a noi? Quali sono le somiglianze e le differenze rilevanti? In che misura diventano sufficienti per una conclusione analogica?

### 3. *Somiglianze e standard decisionali*

Inizierò da *Reserve Mining*, un caso in cui le somiglianze fra *source* e *target* vennero giudicate non solo rilevanti ma anche sufficienti per una determinata decisione. Proseguirò con *Daubert* e *Joiner*, in cui accadde il contrario. La differenza si può spiegare e giustificare con il diverso standard decisionale impiegato. Non discuterò la categorizzazione degli standard di prova nel quadro degli standard decisionali, ma assumo che questi ultimi genericamente intesi comprendano gli standard di prova. Aggiungerò al termine di questa parte del lavoro alcuni cenni sul ruolo delle analogie fattuali in ambito penale.

---

<sup>7</sup> Si possono vedere A. Roth, *Trial by Machine*, in «The Georgetown Law Journal», 104, 2016, pp. 1245 ss.; Id., *Machine Testimony*, in «Yale Law Journal», 126, 2017, pp. 1972 ss.

<sup>8</sup> Peraltro, dove le regole sono di favore non occorre accapigliarsi sulla distinzione fra analogia e interpretazione estensiva, quando è ammessa l'analogia *in bonam partem*. Altra questione normativa che qui tralascio è se il divieto di analogia *in malam partem* valga solo per il diritto penale sostanziale o riguardi anche quello processuale.

### 3.1. Quando le somiglianze sono sufficienti

In un caso deciso nel 1975 la Corte d'appello federale dell'Ottavo circuito doveva valutare se le modalità di smaltimento di determinate scorie, derivanti dal trattamento del minerale a basso contenuto di ferro (taconite) lavorato dalla *Reserve Mining*, costituissero o meno un pericolo per la salute pubblica, tale da giustificare l'imposizione di un particolare onere a riguardo<sup>9</sup>. Le scorie venivano smaltite nelle acque del Lago Superiore. La struttura delle scorie in questione era chimicamente *simile* a quella delle fibre di amianto. Pertanto si temeva che, come nel caso dell'amianto, il modo in cui venivano eliminate le scorie potesse esporre le persone al rischio di sviluppare una forma di cancro. Questa è una descrizione del problema e dell'incertezza scientifica che lo accompagnava:

Le prove scientifiche esistenti erano tutt'altro che conclusive. Una serie di interrogativi rimanevano senza risposta: le fibre di taconite erano talmente simili a quelle di amianto da giustificare il timore che potessero causare tumori? La lunghezza delle fibre era rilevante per stimare il grado di rischio? Ricerche epidemiologiche avevano dimostrato che l'inalazione di fibre di amianto sospese nell'aria causava il cancro. L'ingestione di fibre di taconite presenti nell'acqua potabile che veniva derivata dal Lago Superiore creava un rischio analogo? A quali livelli di rischio era esposta la popolazione? I rischi in questione erano tali da essere rilevanti sotto il profilo giuridico? Data la natura incerta ed incompleta delle prove addotte per rispondere a questi interrogativi, la corte dovette elaborare un nuovo principio, in base al quale rendere la decisione in condizioni di incertezza scientifica<sup>10</sup>.

Prima di vedere come la corte decise il caso, notiamo che il problema fattuale ha la stessa struttura logica di (3), cioè della situazione prospettata sopra a proposito di due sostanze simili, una meno e una più conosciuta. Ora le fibre di amianto hanno il ruolo di *source* e quelle di taconite il ruolo di *target*. Come decise la Corte?

La Corte dell'Ottavo Circuito si rifece all'opinione di minoranza del giudice J. Skelly Wright, della Corte d'appello del Distretto di Columbia nella causa *Ethyl Corporation v. EPA*. Questa controver-

<sup>9</sup> *Reserve Mining Co. v. Environmental Protection Agency*, 514 F.2d 492 (8<sup>th</sup> Cir. 1975).

<sup>10</sup> S. Jasanoff, *La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, Giuffrè, 2001 (ed. inglese 1995, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press), pp. 72-73.

sia, decisa negli stessi anni, riguardava il *Clean Air Act* federale. Wright sosteneva che l'interpretazione di "mettere in pericolo" dovesse corrispondere a "qualcosa di meno del danno effettivo". Egli riteneva che per soddisfare la condizione del "mettere in pericolo" fosse sufficiente dimostrare la minaccia del danno, anziché provarne la certezza. L'Ottavo Circuito sentenziò che nel caso della *Reserve Mining* i fatti si attagliavano a questa interpretazione. Una teoria medica plausibile, anche se non provata, fornì la base per giustificare "il ragionevole timore medico per la salute pubblica". Di conseguenza, la Corte ordinò alla *Reserve Mining* di eliminare l'inquinamento entro un ragionevole lasso di tempo, passando allo smaltimento dei rifiuti mediante interrimento<sup>11</sup>.

È degno di nota che l'incertezza scientifica in *Reserve Mining* venne risolta ricorrendo a uno standard di prova (o più genericamente uno standard decisionale): lo standard del "ragionevole timore medico per la salute pubblica". Si tratta di uno standard ai sensi del quale è più importante evitare i falsi negativi che quelli positivi, contrariamente a quanto succede con lo standard penale dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", con il quale è più importante evitare i falsi positivi che quelli negativi.

Illustriamo con un esempio immediato la differenza fra falsi positivi e negativi. Supponiamo di considerare quattro sostanze, due delle quali siano di fatto cancerogene e due no. Una decisione A che consideri cancerogena solo la prima di esse è una decisione che comporta un falso negativo, in quanto non considera cancerogena una sostanza che di fatto lo è. Una decisione B che consideri le prime tre sostanze cancerogene comporta un falso positivo, in quanto considera cancerogena una sostanza che di fatto non lo è (si veda la tabella qui sotto).

	Sostanza 1	Sostanza 2	Sostanza 3	Sostanza 4
Cancerogena	Sì	Sì	No	No
Decisione A	Sì	No	No	No
Decisione B	Sì	Sì	Sì	No

<sup>11</sup> S. Jasanoff, *La regolazione giuridica della scienza in America*, cit., p. 73.

Entrambe le decisioni, A e B, comportano un errore; ma gli errori sono diversi. In A la proprietà indagata non viene attribuita, erroneamente, alla sostanza 2 (falso negativo). In B la proprietà indagata viene attribuita, erroneamente, alla sostanza 3 (falso positivo). Poniamo inoltre che la conseguenza della decisione sia la possibilità di smaltire materiale contenente tali sostanze nelle acque di un lago. Risulta piuttosto ovvio che in un tale contesto sia meglio un falso positivo che un falso negativo, cioè che non permettere lo smaltimento di una sostanza innocua sia meglio che permettere quello di una sostanza cancerogena<sup>12</sup>. Pertanto, in condizioni di incertezza scientifica, lo standard del “ragionevole timore medico per la salute pubblica” risolve l’incertezza preferendo, in una certa misura, il rischio di falsi positivi a quello di falsi negativi, assumendo come sufficiente per il soddisfacimento dello standard e un provvedimento restrittivo una “teoria medica plausibile” che non occorre provare conclusivamente.

Si osservi di nuovo che in ambito penale lo standard del ragionevole dubbio opera in senso opposto, in quanto con esso si preferiscono i falsi negativi ai falsi positivi, sulla base dell’assunzione che, in una certa misura<sup>13</sup>, è meglio il rischio di assolvere un colpevole che quello di condannare un innocente. Tutto ciò mostra che, in estrema sintesi, quello che spiega e giustifica i diversi standard di prova è la posta in gioco – ossia la considerazione di quali conseguenze comporti sotto il profilo pratico una decisione di un tipo o di un altro.

Tornando a noi, con uno standard come quello adottato in *Reserve Mining* la somiglianza chimica fra le scorie di taconite e le fibre di amianto giustificava un trattamento dello stesso genere. L’analogia fra *source* e *target* si traduceva cioè nelle stesse conseguenze normative, data la posta in gioco. Ma non è così in altri scenari, dove una data somiglianza non viene ritenuta sufficiente per adottare una certa decisione.

### 3.2. *Quando le somiglianze non sono sufficienti*

Consideriamo alcuni argomenti analogici invocati nel corso della

<sup>12</sup> La questione può essere parafrasata nei termini del noto (e discusso) Principio di precauzione. Cfr. C. Sunstein, *Maximin*, in «Yale Journal on Regulation», 37, 2020, pp. 956-958.

<sup>13</sup> La precisazione “in una certa misura” segnala che ci sono diversi gradi a cui si può preferire una cosa all’altra; le interpretazioni probabilistiche degli standard di prova si basano su questo (per esempio, più è alta la probabilità dell’ipotesi accusatoria richiesta per un giudizio di colpevolezza, più è alto il grado a cui si preferisce assolvere un colpevole piuttosto che condannare un innocente).

Trilogia Daubert, che come noto consiste in tre decisioni della Corte suprema statunitense in tema di prova scientifica ed esperta. Sono decisioni adottate fra il 1993 e il 1999, su casi civili dove la prova esperta era invocata per mostrare cosa avesse causato un determinato danno (in due casi una patologia, nel terzo un incidente)<sup>14</sup>. In *Daubert*, la decisione che dà inizio alla Trilogia<sup>15</sup>, la Corte indicava, a titolo esemplificativo, alcuni criteri per distinguere la scienza genuina dalla scienza spazzatura, chiedendo ai giudici di compiere tale valutazione in sede di ammissione della prova. Una volta ammessa, in un processo con giuria la prova viene assunta a beneficio dei giurati che, come noto, decidono nel merito senza rendere motivazione (pur ricevendo “istruzioni” dal giudice sulle regole e gli standard probatori rilevanti). Il fatto che non venga resa motivazione spiega perché occorra, in un sistema come quello statunitense, un significativo “filtro” in sede di ammissione. Non si vuole che ai giurati arrivi “scienza spazzatura”, ossia pseudoscienza presentata in modo tale da essere persuasiva su quei non esperti che sono appunto i giurati. Così si chiede al giudice di svolgere tale selezione escludendo ciò che non soddisfa i criteri della scienza genuina e ammettendo ciò che li soddisfa (purché sia rilevante per quanto deve essere provato).

I noti criteri indicati in *Daubert* – nella parte II.C della decisione – erano i seguenti:

- 1 - se la teoria o tecnica da cui dipende la prova possa essere (e sia stata) testata empiricamente;
- 2 - se la teoria o tecnica sia stata oggetto di *peer review* e pubblicazione;
- 3 - quale sia il tasso di errore noto o potenziale della tecnica in questione;
- 4 - se la teoria o tecnica sia stata generalmente accettata nel proprio campo.

La Corte li elencava come indici di scientificità; non come condizioni individualmente necessarie e congiuntamente sufficienti di scientificità. Si trattava di una lista esemplificativa. Fatto sta che il trend applicativo seguitone in ambito civile è stato più restrittivo di quello che la Corte pareva immaginare, poiché i giudici hanno preso molto sul serio il ruolo di *gate-keeping* affidato loro da *Daubert* e hanno applicato in maniera oltremodo

<sup>14</sup> Ne ho trattato in G. Tuzet, *Prove esperte e oneri probatori*, in «Ragion pratica», 56, 2021, pp. 227 ss. Cfr. S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, Università Bocconi Editore, 2015; R. Poli, *La prova scientifica e il suo controllo in Cassazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 71, 2017, pp. 1223 ss.; G. Carlizzi, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, Giuffrè, 2019.

<sup>15</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

rigorosa tali indicazioni. Il che è stato accompagnato da comprensibili perplessità generate dall'idea che figure *giuridicamente* competenti (i giudici) si trovino ad assumere decisioni su questioni *scientifiche* (o metodologiche) che esulano dalla loro preparazione.

Per quanto atteneva al caso concreto (parte I della sentenza della Corte suprema), i coniugi Daubert sostenevano che le malformazioni agli arti del figlio Jason dipendessero causalmente dall'assunzione, in gravidanza, di Bendectin, un farmaco antinausea prodotto dalla Merrell Dow Pharmaceuticals e ritirato dal mercato nel 1983 date le numerose cause intentate contro i suoi produttori. Non era scientificamente provato il nesso fra assunzione di Bendectin e malformazioni fetali, ma numerosi attori avevano cercato di far valere tale pretesa alla luce dello standard probatorio civile del "più probabile che non". In *Daubert* l'azienda convenuta aveva chiesto al giudice di prima istanza di procedere con un *summary judgment* (senza passare cioè al *trial* con giuria), argomentando che in nessuno degli studi scientifici sul tema era stata trovata una correlazione fra Bendectin e malformazioni. A questo gli attori opponevano diversi elementi di prova: alcuni studi animali "in vivo" e "in vitro" che asseritamente mostravano tale correlazione; studi farmacologici che mostravano somiglianze fra la struttura chimica del Bendectin e quella di altre sostanze note come teratogene; infine la "reanalisi" di studi epidemiologici (su umani) già pubblicati, dove la pretesa non era quella di offrire nuovi dati ma di analizzarli diversamente in modo da inferirne tale correlazione. I punti che qui rilevano maggiormente sono la possibilità di utilizzare studi animali per provare la natura teratogena del Bendectin e quella di far valere le somiglianze evidenziate da studi farmacologici. Il giudice di prima istanza accolse la richiesta di *summary judgment* a favore della Merrell Dow, ritenendo che le prove esperte dei coniugi Daubert non fossero ammissibili giacché mancava un generale consenso scientifico a loro riguardo. Lo stesso ritenne sostanzialmente la Corte d'appello.

Sorvolando ora sulla discussione circa i profili normativi del giudizio di ammissibilità<sup>16</sup>, la Corte suprema stabilì che questo dovesse avvalersi di criteri come i quattro elencati sopra e che un nuovo giudizio d'appello fosse necessario in questa prospettiva. Ma tanto con i vecchi criteri quanto con i nuovi le prove offerte dai coniugi Daubert non vennero giudicate

---

<sup>16</sup> Era controverso se il caso *Frye* (1923) dettasse lo standard rilevante (la generale accettazione nella comunità scientifica di riferimento) o se *Frye* fosse stato superato dalle Federal Rules of Evidence (1975) e dal loro spirito più "liberale" quanto all'ammissione degli elementi probatori.

ammissibili<sup>17</sup>. In particolare, gli studi animali non furono considerati sufficientemente probanti, come non lo erano gli studi farmacologici; ed era corretto escludere tale “reanalisi” proposta dagli esperti degli attori dato che non era stata oggetto di *peer review* e tantomeno di pubblicazione.

In sintesi – per quanto qui interessa – l’analogia fra altri animali ed esseri umani non aveva superato il vaglio di ammissibilità, e l’analogia fra le sostanze *source* e il Bendectin come *target* si era dimostrata troppo debole, essendo troppo labili o comunque insufficienti le somiglianze fra la struttura chimica di tali sostanze (notoriamente teratogene) e la struttura del Bendectin. Il punto è ancor più chiaro nel successivo caso.

In *Joiner*, il secondo caso della Trilogia Daubert<sup>18</sup>, l’attore sosteneva che il cancro ai polmoni da cui era affetto fosse stato “promosso” dall’esposizione ad alcune sostanze, fra cui i policlorobifenili (PCB), presenti in alcuni dei materiali con cui lavorava. Joiner aveva svolto per anni (a partire dal 1973) il lavoro di elettricista e i materiali in questione erano stati prodotti dalla General Electric. Il Congresso americano, con limitate eccezioni, aveva bandito la produzione e vendita dei PCB nel 1978, dopo che ne era stata riconosciuta la pericolosità per la salute umana.

Anche qui la società convenuta aveva richiesto al giudice di prima istanza un *summary judgment* argomentando che le prove esperte offerte dall’attore non erano ammissibili alla luce dei criteri posti da *Daubert*. Il giudice aveva accolto tale istanza ritenendo che le prove non andassero oltre il livello della “credenza soggettiva o speculazione non supportata”. La Corte d’appello aveva invece deciso a favore di Joiner sul punto dell’ammissibilità, ritenendo che il giudice di prima istanza fosse stato troppo restrittivo rispetto a tali prove.

Di nuovo, sorvoliamo qui sui profili normativi della questione e ci limitiamo a rilevare che la Corte suprema ritenne giustificata la decisione del giudice di prima istanza in quanto non vi era stato “abuso di discrezionalità” da parte di questi. Quello che interessa in questa sede è che, nell’esaminare la decisione del primo giudice, la Corte suprema considerò il carattere delle prove esperte a disposizione di Joiner (parte III della sentenza): in buona parte erano prove di carattere analogico, nel senso che – nei nostri termini – gli studi offerti dall’attore si presentavano come la *source* da cui trarre un’inferenza analogica sul suo caso come *target*. Però, di nuovo, le somiglianze rilevate non furono ritenute sufficienti. Vediamolo più in dettaglio.

<sup>17</sup> V. più ampiamente S. Haack, *Legalizzare l’epistemologia*, cit., pp. 124-131.

<sup>18</sup> *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

Gli *studi animali* che l'attore si proponeva di utilizzare erano "talmente dissimili" dai fatti del caso, a giudizio della Corte suprema, da giustificare una valutazione di inammissibilità e dunque un *summary judgment* a favore della società convenuta. Erano studi che riguardavano cuccioli di topo nei quali si erano sviluppati adenomi alveolari (una forma di tumore benigno) dopo che massicce dosi di PCB erano state iniettate nel loro organismo (nel peritoneo o nello stomaco), mentre Joiner era un essere umano adulto che aveva sviluppato un carcinoma polmonare a piccole celle dopo essere stato esposto a tali sostanze su scala molto inferiore. Ora, analiticamente si possono individuare cinque *differenze* fra il caso di Joiner e gli studi animali considerati:

- 1 - gli studi erano su *topi* e Joiner era un *essere umano*;
- 2 - gli studi erano su *cuccioli* di topo e Joiner era un *adulto*;
- 3 - ai topi era stata *iniettata* una dose di PCB, mentre Joiner vi era stato *esposto*;
- 4 - la dose iniettata era *alta e concentrata*, quella cui Joiner era stato esposto era molto *inferiore*;
- 5 - i topi avevano sviluppato *adenomi alveolari*, mentre Joiner aveva sviluppato un *carcinoma polmonare*.

Inoltre, le prove esperte prospettate da Joiner includevano alcuni *studi epidemiologici* che a propria volta non furono giudicati sufficienti a supportare la sua pretesa, per i seguenti motivi: due di tali studi (uno italiano e uno americano) erano restii ad ammettere, a proposito di un campione di lavoratori esaminati, una connessione fra PCB e carcinoma, nonostante avessero rilevato un tasso di incidenza della patologia più alto di quanto atteso; un terzo studio (norvegese) riguardava l'esposizione a un determinato olio minerale che non era rilevante in *Joiner*; un quarto studio (giapponese) riguardava infine l'esposizione ad altre sostanze potenzialmente cancerogene in aggiunta ai PCB, fra cui un olio di riso tossico che i lavoratori avevano a quanto pare ingerito. Pertanto anche qui si contavano diverse *differenze*, queste in particolare:

- a) il terzo studio era sull'esposizione a un determinato olio minerale, mentre Joiner era stato esposto a PCB;
- b) il quarto studio riguardava l'esposizione ad altre sostanze potenzialmente cancerogene in aggiunta ai PCB, mentre Joiner risultava essere stato esposto a PCB e non a tali altre sostanze.

Tali differenze parvero in grado di giustificare, agli occhi dei giudicanti, una disanalogia fra il caso di *Joiner* e gli studi invocati, piuttosto che un'analogia fra l'insieme degli elementi *source* e il caso *target*.

Per altro verso ci si potrebbe chiedere, come ha fatto Susan Haack<sup>19</sup>, se l'insieme di tali studi, animali ed epidemiologici, non fosse in realtà sufficiente a sostenere le pretese di *Joiner*. In una valutazione olistica degli elementi di prova, in cui questi si combinano come le tessere di un mosaico o di un puzzle, può darsi il caso che nessun elemento individualmente preso soddisfi un determinato standard decisionale ma che il loro insieme lo faccia<sup>20</sup>. Una valutazione atomistica di attendibilità epistemologica e ammissibilità giuridica portò a un esito che avrebbe potuto essere diverso in una prospettiva olistica, secondo Haack<sup>21</sup>. Peraltro, come ricorda la Corte (parte I della sentenza) *Joiner* era stato un fumatore per circa otto anni – così come i suoi genitori – e nella sua famiglia c'erano precedenti di cancro al polmone. Al che gli esperti di *Joiner* avevano risposto che l'esposizione ai PCB aveva aumentato il rischio che la patologia si materializzasse, come era poi accaduto. In ogni caso la Corte suprema ritenne che la decisione del giudice di prima istanza, sfavorevole a *Joiner*, non era stata un "abuso di discrezionalità" e che a essere errata era invece la decisione della Corte d'appello.

Termino l'analisi di questi casi, *Daubert* e *Joiner*, ricordando che, se si fosse proceduto a un *jury trial* e le prove esperte degli attori fossero state ammesse, lo standard probatorio per una decisione favorevole alla pretesa attorea sarebbe stato il "più probabile che non". Sui coniugi *Daubert* e su *Joiner* non avrebbe gravato l'onere di mostrare con certezza il nesso fra patologia e assunzione di *Bendectin* o esposizione ai PCB; sarebbe bastato, sulla scorta delle prove analogiche presentate, argomentare che il nesso asserito era più probabile che non. Il che, mi sembra, sarebbe stato più di quanto chiede il "ragionevole timore medico per la salute pubblica" di *Reserve Mining* e meno di quanto chiede in un caso penale l'"oltre ogni ragionevole dubbio".

<sup>19</sup> S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., pp. 92-93, 254-257, 289-290. Il punto era stato sollevato anche nell'opinione dissenziente del giudice Stevens.

<sup>20</sup> Questo richiama, nel nostro ordinamento, la questione degli elementi presuntivi o indiziari caratterizzati da gravità, precisione e concordanza. V. fra gli altri M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 229 ss.

<sup>21</sup> Sorvolo sul fatto che S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 22 definisce la propria teoria come "quasi-olistica", in quanto l'evidenza rilevante per un'affermazione «è di solito complessa e ramificata; ma non tutto è rilevante per tutto».

### 3.3. Cenni sulla prova analogica in ambito penale

Vorrei ora aggiungere alcuni rilievi sul ruolo dell'analogia nella prova dei fatti penali. Posto infatti che, da un lato, i criteri di *Daubert* valgono anche per le prove esperte in ambito penale – benché la loro indicazione per mano della Corte suprema statunitense venisse da un caso civile – è pur vero che, dall'altro lato, il giudizio di merito in un caso penale deve osservare il più esigente standard del ragionevole dubbio, tanto negli Stati uniti quanto nel nostro e in altri ordinamenti. Quando le prove a carico dell'imputato hanno una natura analogica esse devono pertanto avere una forza tale da escludere ogni ragionevole dubbio in merito alla colpevolezza. Il che non pare facile. Ma si possono immaginare alcuni esempi: se è noto che una certa omissione medica genera una forma di responsabilità penale dati i suoi effetti, la prova di un'analogia omissione potrebbe valere a tal fine. Per altro verso non è escluso che si diano prove analogiche a scarico, che negli stessi ordinamenti prima considerati sarebbero sufficienti a una pronuncia assolutoria se capaci di generare un ragionevole dubbio in merito alla colpevolezza.

Quanto sopra non toglie che, specie nelle fasi investigative, si possano seguire piste analogiche. Intendo dire che a guidare l'investigazione e la raccolta di elementi probatori può ben essere la valutazione di somiglianze ed eventuali differenze fra eventi distinti o casi distinti. Questo pare di particolare rilievo nelle indagini sui crimini seriali, dove a guidare l'investigazione è l'apprezzamento di un *modus operandi* che rende particolarmente significative date somiglianze fra gli episodi indagati. Per fare un esempio noto alle cronache italiane, nella lunga e complessa inchiesta sul "mostro di Firenze"<sup>22</sup> si prestò particolare attenzione alle somiglianze fra i delitti considerati e a un certo punto, dal 1982, ci si chiese se andasse ascritto al mostro anche un delitto del 1968 per cui nel frattempo era stato condannato alla reclusione un soggetto estraneo ai delitti successivi. L'uso della stessa arma e le strette somiglianze nelle modalità criminali sembravano giustificare delle conclusioni analogiche, in una vicenda che rimase comunque controversa.

Nel diritto inglese e di paesi giuridicamente affini (Canada e Australia

<sup>22</sup> Per una dettagliata ricostruzione della vicenda v. [https://it.wikipedia.org/wiki/Mostro\\_di\\_Firenze](https://it.wikipedia.org/wiki/Mostro_di_Firenze) (ultimo accesso 15/12/2021). Distinta è la situazione in cui i casi sono *dello stesso tipo* ma sono ascritti a soggetti *diversi*; v. la vicenda dell'Hotel Stella discussa in G. Carlizzi, *Critica della responsabilità seriale. Un contributo alla logica e alla metodologia del ragionamento probatorio*, in D.M. Cananzi, R. Righi (a cura di), *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 328 ss.

in particolare) viene chiamata *similar fact evidence* la prova argomentata per analogia a partire da simili condotte tenute in passato dal soggetto coinvolto<sup>23</sup>. Di nuovo conta la relazione fra *source* e *target*. Se è noto che in passato il soggetto ha tenuto una condotta (*source*) simile a quella che gli viene imputata (*target*), ciò può valere come prova nel caso presente. Dal punto di vista cognitivo non v'è dubbio che la condotta passata abbia un qualche valore probatorio, ma allo stesso tempo non può essere trascurato il rischio che i decisori vi attribuiscono troppa importanza, specie se si tratta di giurati. Infatti anche qui, come visto sopra discutendo *Daubert* e *Joiner*, si pongono i problemi di ammissibilità tipici dei sistemi con *jury trial*. Una maniera di trattarne è quella di lasciare al giudice la valutazione di ammissibilità caso per caso, affidandogli la responsabilità di considerare se il valore probatorio della *similar fact evidence* superi il rischio di un pregiudizio ai danni del soggetto (così è disposto in Canada, ad esempio, da *R. v. Handy* del 2002).

Una maniera più restrittiva di trattarne è quella di delimitare le finalità per cui è utilizzabile la *similar fact evidence* – o *character evidence*, come viene prevalentemente chiamata negli Stati Uniti, specie quando è invocata per mostrare una disposizione, o tendenza, o propensione dell'agente<sup>24</sup>. Nell'ordinamento federale americano la prova di un tratto caratteriale non è ammissibile per dimostrare che in una data occasione la persona ha agito in conformità a tale carattere o tratto. Inoltre, la prova di un atto simile non è ammissibile per provare il carattere di una persona e provare con ciò che in una data occasione la persona ha agito in conformità a tale carattere. Tuttavia la prova può essere ammissibile con un altro fine, per mostrare aspetti come il movente, l'intento, il piano d'azione, la preparazione dell'atto e altro ancora (Federal Rule of Evidence 404). Però una corte può ammettere come elemento di prova per il caso presente l'aver già commesso un simile crimine di natura sessuale o una molestia ai danni di un minore (Federal Rules of Evidence 413-414). Tali crimini passati svolgono così la funzione di *source* per la prova del caso *target*, senza comunque costituirne ragione sufficiente o conclusiva. I dettagli di queste regole sono peraltro numerosi e li tralascio in questa sede.

<sup>23</sup> Cfr. A.E. Acorn, *Similar Fact Evidence and the Principle of Inductive Reasoning: Making Sense*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 11, 1991, pp. 63 ss.; H.L. Ho, *An Introduction to Similar Fact Evidence*, in «Singapore Law Review», 19, 1998, pp. 166 ss.; M. Redmayne, *The Relevance of Bad Character*, in «Cambridge Law Journal», 61, 2002, pp. 684 ss.

<sup>24</sup> Nella nostra letteratura si paventa, come ipotesi peggiore, lo schema penale del "tipo d'autore"; v. per tutti L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 77-78, 372.

La *similar fact evidence* ha oltretutto un ruolo anche in ambito civile. Ad esempio, si può discutere se in ambito di negligenza medica la prova di una passata negligenza in un'operazione al polso sia rilevante per stabilire la negligenza in un'operazione all'anca, o sia invece (più) rilevante la prova di una negligenza in un'operazione al ginocchio – e via dicendo. A un estremo stanno le situazioni in cui fra il preteso caso *source* e il caso *target* non esiste alcuna somiglianza rilevante, o si danno troppe differenze (ad es. fra prescrizione di un farmaco sbagliato e operazione all'anca); all'altro estremo stanno i casi che si possono considerare come appartenenti alla stessa categoria (ad es. operazioni all'anca) o dove le somiglianze sono palesemente rilevanti; nel mezzo stanno i casi controversi, dove spesso sono in gioco i gradi di somiglianza o differenza fra *source* e *target* – e dove la molteplicità di somiglianze e differenze rende difficile stabilire cosa sia davvero rilevante e quando sia soddisfatto il livello di sufficienza determinato da uno standard decisionale.

#### 4. *Conclusion*

La giustificazione delle decisioni giudiziali dipende da varie condizioni. Una di queste è la correttezza della ricostruzione dei fatti su cui verte il giudizio – ossia, nel modello del sillogismo giudiziale, la correttezza della premessa minore<sup>25</sup>. Nel presente lavoro ho esaminato alcuni aspetti del contributo che può dare il ragionamento analogico a questo fine. Non mi sono infatti occupato di analogie normative, se non per la loro connessione con il tema centrale del lavoro – le analogie fattuali, quelle con cui provare i fatti rilevanti per un giudizio.

Ho sostenuto che gli standard impiegati nella prassi giuridica determinano se un'analogia sia o meno sufficiente ai fini di una decisione, assumendo naturalmente che le proprietà di *source* e *target* prese in considerazione siano rilevanti sotto il profilo probatorio. Questa conclusione non è affatto sorprendente, poiché la prova dei fatti in giudizio dipende sotto vari profili dal diritto che ne regola l'ammissione, l'assunzione e la valutazione. Allo stesso tempo ciò indica una prospettiva di ulteriore ricerca con un obiettivo importante: determinare in maniera più completa e dettagliata le condizioni a cui un ragionamento analogico prova i fatti cui applicare il diritto sostanziale.

---

<sup>25</sup> D. Canale, G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 35 ss.



GAETANO CARLIZZI

## *Morfologia della prova giudiziaria nell'ordinamento italiano\**

SOMMARIO: 1. Programma dell'indagine – 2. Introduzione alla nozione generale di “prova” – 3. Il regno delle prove singolari – 4. La classe delle prove ricostruttive – 5. L'ordine delle prove *lato sensu* storiche – 6. La famiglia delle prove istituzionali – 7. Il genere delle prove empiriche – 8. La specie delle prove autonome – 9. La sottospecie delle prove pubbliche.

### 1. *Programma dell'indagine*

Quale fenomeno trasversale all'intera esperienza umana, la prova può presentarsi nelle forme più disparate. Nel prosieguo mi propongo di fissare gli aspetti di identità e di differenza delle varie figure probatorie, al fine di selezionare le caratteristiche che compongono la *morfologia* della prova giudiziaria prevista nell'ordinamento italiano (d'ora in poi: PGOI), in particolare *penale*, e in ordinamenti analoghi.

Più precisamente, mi concentrerò sulla *prova* del *giudice* di *primo grado*, dato che quella del giudice del gravame di merito presenta caratteristiche che la rendono irriducibile al modello qui delineato, e dato che il giudice di legittimità non ha il compito di provare, bensì di controllare la correttezza del ragionamento probatorio esposto nel provvedimento impugnato<sup>1</sup>.

Sul piano metodologico, sebbene nell'epoca del “pensiero liquido” l'idea di sistema sia considerata un'anticaglia, e le tassonomie in cui si traduce siano considerate superflue, a mio avviso entrambe conservano una funzione ordinatrice essenziale. Procederò dunque alla stesura di una

---

\* L'articolo trae origine dalla relazione tenuta il 19 maggio 2021 nell'ambito del ciclo “Dentro il giudizio. Dialoghi di diritto e filosofia”, organizzato all'Università di Roma Tre. Desidero ringraziare in particolare Antonio Carratta, Mario De Caro, Giorgio Pino e Giovanni Tuzet per i preziosi stimoli di riflessione offerti, che mi hanno indotto a sviscerare e approfondire aspetti morfologici della prova giudiziaria che avevo lasciato sottotraccia.

<sup>1</sup> Sulla differenza tra giudizio di merito e giudizio di legittimità, cfr., volendo, G. Carlizzi, *L'analisi argomentativa e l'analisi giuridica della motivazione del giudice comune. I. Analisi della motivazione qualificatoria e analisi della motivazione censoria di quella relativa alla forza probatoria della testimonianza*, in «Diritto & Questioni. Pubbliche», 2, 2021, pp. 217-242.

*tassonomia ad albero* delle forme di prova<sup>2</sup>. Più precisamente, dopo aver tratteggiato la nozione generale di “prova” (§ 2), fisserò la *summa divisio* tra prove singolari e prove collettive (§ 3). Nel regno delle prime, distinguerò la classe delle prove ricostruttive da quella delle prove constatative (§ 4). Nella classe delle prove ricostruttive, distinguerò l’ordine delle prove *lato sensu* storiche da quello delle prove attuali (§ 5). Nell’ordine delle prove *lato sensu* storiche, distinguerò la famiglia delle prove istituzionali da quella delle prove *stricto sensu* storiche (§ 6). Nella famiglia delle prove istituzionali, distinguerò il genere delle prove empiriche da quello delle prove mistiche (§ 7). Nel genere delle prove empiriche, distinguerò la specie delle prove autonome da quella delle prove eteronome (§ 8). Nella specie delle prove autonome, distinguerò la sottospecie delle prove pubbliche da quella delle prove intime (§ 9).

Come accade ogniqualvolta si ricorre a una tassonomia ad albero, si presenterà una serie di alternative, la soluzione delle quali, attuata scegliendo il capo nel quale si inserisce la PGOI, comporterà l’individuazione di una sua caratteristica peculiare. Al termine del percorso, la morfologia della PGOI risulterà composta dalle caratteristiche via via selezionate: essa si presenterà come una figura probatoria, ad un tempo, singolare, ricostruttiva, *lato sensu* storica, istituzionale, empirica, autonoma e pubblica.

Prima di procedere all’articolazione della tassonomia, si impongono due osservazioni. In primo luogo, non tutte le caratteristiche indicate sono sullo stesso piano: quelle illustrate nei §§ 3-6 consentono di distinguere le figure probatorie non giudiziarie dalla PGOI e dalle altre figure probatorie giudiziarie (es.: prova ordalica altomedioevale, prova legale bassomedioevale e moderna ecc.), mentre le caratteristiche illustrate nei §§ 7-9 consentono di distinguere tra loro le figure probatorie giudiziarie, ivi compresa la PGOI.

Inoltre, è vero, come anticipato, che la morfologia della PGOI risulterà dalla compenetrazione delle sette caratteristiche selezionate nel modo indicato, ma è pur vero che queste ultime non hanno tutte la stessa importanza. Più precisamente, mentre alcune di esse (singolarità, istituzionalità, empiricità e pubblicità) sono *essenziali*, altre (ricostruttività, storicità *lato sensu*, autonomia) sono semplicemente *tipiche*, nel senso

<sup>2</sup> Ciò nella consapevolezza dei limiti di operazioni siffatte, ben messi in evidenza da U. Eco, *Dall'albero al labirinto*, in Id., *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, Milano, Bompiani, Milano, 2007, pp. 14-30 (che contrappone, in particolare, modelli di definizione lessicale a dizionario e a enciclopedia). L'importante è non pretendere che una tassonomia ad albero faccia più di ciò che è in grado di fare, ossia offrire una panoramica degli aspetti (non tutti essenziali) che concorrono a caratterizzare determinate realtà.

che si presentano in linea di principio, dunque nella maggior parte dei casi di realizzazione della PGOI (individuabili alla stregua delle sue caratteristiche essenziali), ma non in tutti. Pertanto, a dispetto della terminologia concettuale-astratta usata nel costruire la tassonomia (regno, classi, ordini ecc.), può concludersi che la PGOI ha una configurazione propriamente *tipologica*<sup>3</sup>.

## 2. Introduzione alla nozione generale di “prova”

Come anticipato, la PGOI è una figura della prova, fenomeno trasversale all'intera esperienza umana. Assumo qui il termine “prova” in due sensi correlati: esso sta a designare sia l'attività volta alla conferma di una certa proposizione, ossia a fondare la credenza in essa, sia l'eventuale risultato positivo di tale attività<sup>4</sup>. Suscettibile di prova è ogni proposizione che può poggiare su un fondamento intersoggettivo non contestabile mai più o almeno per il momento. È proprio questo aspetto che contraddistingue l'*episteme* dalla *doxa*: il sapere che poggia su qualcosa di solido dalla mera opinione che si regge su sé stessa.

In questo senso, può essere provata: una tesi filosofica o teologica; un teorema matematico o logico; una proposizione empirica nomologica (una legge scientifica), sia essa universale o probabilistica; una proposizione empirica singolare relativa a un fatto immediatamente percepibile; una proposizione empirica singolare relativa a un fatto non immediatamente percepibile (presente o passato).

Secondo il programma tracciato nel § 1, nel prosieguo metterò a confronto la PGOI con le altre figure probatorie, dapprima anche extragiudiziarie (§§ 3-6), poi solo giudiziarie (§§ 7-9), indicando, a fronte di ciascuna delle alternative qualificatorie che si profileranno, la caratteristica che concorre a improntare la prima figura. Come rilevato nello stesso § 1, la sua immagine tipica emergerà compiutamente solo dopo aver spiegato l'intera tassonomia, quale sintesi di tutte le caratteristiche via

<sup>3</sup> Sulla differenza tra pensiero concettuale astratto e pensiero tipologico, cfr. i saggi di alcuni importanti filosofi del diritto tedeschi raccolti in G. Carlizzi, V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, ETS, 2016, pp. 151-193.

<sup>4</sup> Per nozioni di carattere generale, cfr. J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 19-62; A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 26-30, 231-237; N. Abbagnano, *Prova*, in Id., *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 1998, pp. 876 s.

via selezionate: singolarità, ricostruttività, storicità *lato sensu*, istituzionalità, empiricità, autonomia e pubblicità.

### 3. *Il regno delle prove singolari*

Sul globo delle prove, il regno delle prove singolari si contrappone a quello delle prove collettive.

Le prove *collettive* consistono nella conferma di una proposizione relativa a una classe uniforme di casi e valevole per tutti o solo per una parte di essi. Collettive sono, innanzitutto, la prova *matematica* (es.: del teorema di Pitagora)<sup>5</sup> e quella *logica* (es.: di un qualsiasi teorema “R”)<sup>6</sup>, le quali, concernendo la sfera dell’irrealtà (dei numeri e delle forme geometriche o, rispettivamente, delle leggi del pensiero), sono del tutto sganciate dallo spazio e dal tempo. D’altro canto, nell’ambito del reale, collettive sono la prova *filosofica* (es.: della massima “mentire è in ogni caso sbagliato”)<sup>7</sup><sup>8</sup>, quella *teologica* (es.: della tesi “Dio esiste”)<sup>9</sup><sup>10</sup> e quella scientifica, si tratti di prova *scientifico-naturale* (es.: del principio di gravitazione universale di Newton)<sup>11</sup><sup>12</sup> oppure *scientifico-umana* (es.: dell’assunto circa la tendenza

<sup>5</sup> Cfr. C. Cellucci, *Teoria della dimostrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 1978.

<sup>6</sup> Cfr. F. Berto, *La logica da zero a Gödel*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

<sup>7</sup> Sul punto, cfr. lo storico confronto I. Kant, B. Constant, *Il diritto di mentire*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2008.

<sup>8</sup> Concepita sul modello aristotelico del procedimento diaporetico che si avvale del metodo dialettico: cfr. E. Berti, *Le ragioni di Aristotele*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 75-84 (in metafisica), 125-139 (in filosofia pratica). Per una posizione scettica sulla configurabilità della prova in filosofia, cfr. G. Ryle, *Proofs in Philosophy*, in «Revue Internationale de Philosophie», 1954, pp. 150-157.

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. C. Fabro, *Le prove dell’esistenza di Dio*, Brescia, La Scuola, 2005. Per un modello alternativo, di stampo ermeneutico, P. Coda, *Teo-logia*, Roma, Mursia, 1997, pp. 173-190.

<sup>10</sup> E. Berti, *Le ragioni di Aristotele*, cit., pp. 102-112 (dove pure si fa riferimento al procedimento diaporetico che si avvale del metodo dialettico).

<sup>11</sup> Sul carattere esemplare di questo principio, v. R. Feynman., *La legge fisica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1971, pp. 13-37.

<sup>12</sup> In tema, cfr. G. Boniolo, P. Vidali, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, pp. 139-160.

dell'uomo a obbedire all'autorità anche oltre i limiti della morale<sup>13</sup>)<sup>14</sup>.

Le prove *singolari*, invece, consistono nella conferma di una proposizione che afferma (o nega) l'esistenza di un fatto situato nello spazio e nel tempo<sup>15</sup>. Singolari sono le prove della *comunicazione quotidiana* (es.: “sta piovendo”), la PGOI e le altre figure probatorie *giudiziarie* (es.: “ieri Tizio si è impossessato dell'auto di Caio”; “la coltellata che Sempronio ha sferrato all'arteria femorale di Mevio è la causa della sua morte”)<sup>16</sup>, le prove *stricto sensu storiche* (es.: “l'America è stata scoperta da Cristoforo Colombo nel 1492”; “l'anelito del popolo a sottrarsi alle oppressioni dell'*ancien regime* è stata la causa determinante della Rivoluzione francese”)<sup>17</sup> e le prove *medico-*

<sup>13</sup> Basato, in particolare, sull'esperimento dell'ordine di inflizione di (finte) scosse elettriche compiuto da S. Milgram, *Obbedienza all'autorità*, Torino, Einaudi, 1974.

<sup>14</sup> Sulla metodologia delle scienze umane (anche in confronto a quelle fisiche), cfr. D. Antiseri, *Trattato di metodologia delle scienze sociali*, Torino, Utet, 1996, spec. pp. 292-353.

<sup>15</sup> A dispetto di quanto avviene solitamente, nel presente ambito bisognerebbe distinguere a seconda che il fatto oggetto della proposizione provata sia un fatto monadico oppure un rapporto causale o simile (fatto relazionale). La struttura logica della prova non è infatti la stessa nei due ordini di casi (v. *amplius* nota successiva). Nel prosieguo, la distinzione sarà tralasciata per esigenze di semplicità nel testo principale, e toccata di sfuggita nelle note a piè pagina.

<sup>16</sup> La letteratura in materia di prova giuridica ha dedicato grande attenzione sia all'accertamento dei fatti monadici sia all'accertamento della loro efficacia causale (problema della spiegazione). Per indicazioni di carattere generale, cfr. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992 e, rispet., F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (1975), Milano, Giuffrè, 1990. D'altro canto, per la tesi del carattere sempre esplicativo della prova giuridica, cfr. R.J. Allen, M.S. Pardo, *Inference to the Best Explanation, Relative Plausibility, and Probability*, in C. Dahlman, A. Stein, G. Tuzet (a cura di), *Philosophical Foundations of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 201-214. Tale tesi è discutibile, perché sovrappone due tipi di accertamento che, come detto nella nota precedente, non sono identici. In effetti, nell'accertare un singolo fatto controverso (es.: che Tizio ha accoltellato Caio) a partire da plurime tracce pacifiche (es.: che Mevio ha sentito Caio urlare “Tizio non mi uccidere!” verso l'ora presumibile della sua morte; che Sempronio ha visto Tizio fuggire alla stessa ora dal luogo in cui Caio è stato trovato cadavere) ben si può concepire il primo come spiegazione delle seconde. Ma questo significato di “spiegazione” è alquanto diverso da quello ricorrente in filosofia della scienza (per tutti, cfr. W.C. Salmon, *40 anni di spiegazione scientifica. Scienza e filosofia 1948-1987*, Padova, Muzzio, 1999), che entra in gioco nell'accertamento del nesso causale, quando si tratta di stabilire se un singolo fatto pacifico (es.: che Tizio ha accoltellato Caio) è la causa di un altro singolo fatto pacifico (es.: che Caio è morto).

<sup>17</sup> Mentre gli storici di professione si sono concentrati soprattutto sul problema dell'accertamento dei fatti monadici (eventi storici), gli epistemologi (specie di area neopositivistica e analitica) si sono concentrati soprattutto su quello della loro spiegazione. Sotto quest'ultimo profilo, v., in particolare, W. Dray, *Leggi e spiegazione in storia*, Milano, il Saggiatore, 1974, e C.G. Hempel, D. Antiseri, *Come lavora uno storico*, Roma, Armando, 1997.

*cliniche* (es: “Tizio è affetto dal virus del Covid-19”; “il virus del Covid-19 è la causa della polmonite bilaterale che affligge Tizio”)<sup>18</sup>.

#### 4. *La classe delle prove ricostruttive*

Nel regno delle prove singolari, la classe delle prove ricostruttive si contrappone a quella delle prove constatative.

Le prove *constatative* si riferiscono a fatti singoli immediatamente percepibili<sup>19</sup>. Esse consistono nella diretta indicazione (od ostensione) di tali fatti, la quale è sufficiente ai presenti fini, in quanto riguarda qualcosa di esperibile in maniera uniforme da tutti. Anche tali prove scontano un certo margine di incertezza. Esso, tuttavia, proprio per la modalità epistemica che caratterizza le prove in esame, non riflette i limiti delle nostre facoltà inferenziali, bensì di quelle sensibili e intellettive (si pensi alle allucinazioni e alle illusioni<sup>20</sup>, che fuorviano le facoltà sensibili, e ai difetti di categorizzazione<sup>21</sup>, che fuorviano le facoltà intellettive). Constatative sono le suddette prove della *comunicazione quotidiana*.

Le prove *ricostruttive*, invece, si riferiscono a fatti singoli non immediatamente percepibili (passati o presenti). Esse si realizzano su base inferenziale, valorizzando la presenza delle tracce che tipicamente ricorrono e l'assenza delle tracce che tipicamente difettano quando tali fatti si realizzano, nonché l'assenza di ricostruzioni alternative da ritenere più plausibili a questa stessa duplice stregua<sup>22</sup>. Proprio per il loro fondamento

<sup>18</sup> La letteratura in materia di prova medica si è concentrata con pari impegno sul problema dell'accertamento dei fatti monadici (diagnosi delle malattie) e su quello della loro spiegazione. Cfr. G. Federspil, *Diagnosi*, in A. Pagnini (a cura di), *Filosofia della medicina*, Roma, Carocci, 2010, pp. 221-333 e, rispett., 165-201.

<sup>19</sup> Sulla conoscenza percettiva, cfr. R. Audi, *Epistemologia. Un'introduzione alla teoria della conoscenza*, Macerata, Quodlibet, 2016, pp. 65-94.

<sup>20</sup> Sullo statuto epistemologico di questi fenomeni, cfr. W. Fish, *Perception, Hallucination and Illusion*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>21</sup> Sulla questione della relatività dei sistemi di categorizzazione, cfr. E. Lalumera, *Che cos'è il relativismo cognitivo*, Carocci, Roma, 2013, pp. 11-45.

<sup>22</sup> Con particolare riguardo all'ambito giudiziario penale, ho cercato di sviluppare un siffatto modello tripartito in G. Carlizzi, *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in L. Lupária Donati (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, Giuffrè, 2021, spec. pp. 141-149. Tale saggio costituisce un tentativo di formalizzazione (parziale) del procedimento di induzione eliminativa, che costituisce l'analogo dell'altrettanto noto procedimento della inferenza alla migliore spiegazione possibile. Su quest'ultima figura cfr., anche per chiari-

mediato, le prove ricostruttive presentano di regola margini di incertezza molto più elevati rispetto a quelle constatative. Salvi i casi in cui il fatto da provare è l'unica possibile fonte delle tracce rilevate, queste ultime non garantiscono che esso si sia dato o si dia. Ricostruttive sono la PGOI e le altre figure probatorie *giudiziarie*, nonché le prove *stricto sensu storiche* e quelle *medico-cliniche*. In particolare, il giudice, almeno di regola, si trova al cospetto, non già del fatto oggetto della proposizione da provare, bensì delle tracce che esso può lasciare nel mondo (comunicazioni e indizi immediati). E poiché è raro che queste tracce siano producibili soltanto da quel fatto o da un suo frammento (es.: solo se inala fibre di asbesto, un lavoratore può contrarre l'asbestosi), ecco che la loro presenza non implica necessariamente la prova dello stesso fatto o del relativo frammento (es.: che l'imputato sia fuggito dal luogo dell'omicidio in giudizio, può dipendere dal fatto che intendeva sottrarsi all'arresto o chiamare i soccorsi dopo aver aggredito la vittima, come pure dal fatto che si era imbattuto nel corpo esanime di quest'ultima e temeva di essere incolpato di un omicidio commesso da altri).

D'altro canto, come visto alla fine del § 1, il carattere ricostruttivo è *tipico*, ma *non essenziale*, della PGOI e delle altre figure probatorie *giudiziarie* (nonché delle prove *stricto sensu* storiche e di quelle medico-cliniche). In altre parole, tale carattere non deve ricorrere necessariamente, bensì ricorre nella maggior parte dei casi di realizzazione di tali figure (individuati alla stregua delle loro caratteristiche essenziali). In particolare, solo di regola il giudice si limita a conoscere le tracce del fatto oggetto della proposizione da provare. In altri casi, sia pure marginali, egli percepisce direttamente questo fatto (es.: l'offesa che una parte rivolge al magistrato in udienza, sanzionabile direttamente da quest'ultimo in certi ordinamenti) o, più spesso, un suo frammento (es.: lo sfregio constatato mediante ispezione del viso di una persona)<sup>23</sup>. In casi siffatti, venendo meno la mediazione inferenziale (condizione di razionalità *formale* della valutazione probatoria, che, come vedremo nel § 7, può combinarsi con la empiricità quale condizione di razionalità *materiale*), la prova può conseguire la sua massima certezza possibile.

---

menti sul suo rapporto con l'abduzione, G. Tuzet, *Abduction, IBE and standards of proof*, in «The Journal of Evidence & Proof», 2019, pp. 114-120.

<sup>23</sup> Sulla prova di tipo prettamente ostensivo, cfr. G. Tuzet, *Sull'ostensione probatoria*, in «Cassazione penale», 2019, pp. 4115 ss.

### 5. *L'ordine delle prove lato sensu storiche*

Nella classe delle prove ricostruttive, l'ordine delle prove *lato sensu* storiche si contrappone all'ordine delle prove attuali.

Le prove *attuali*, in quanto appartenenti alla classe delle prove ricostruttive, si distinguono dalle prove constatative esaminate nel § 4. Esse, infatti si riferiscono a fatti non immediatamente percepibili (in termini assoluti o relativi) *sebbene presenti*, di cui affermano l'esistenza *in atto* sulla base di un'inferenza. Dunque, anche le prove attuali scontano un qualche grado di incertezza, legato all'ambiguità delle tracce utilizzate per stabilire la suddetta esistenza in atto. Attuali sono le prove proprie delle supposizioni *quotidiane* (es.: “dato che da quel magazzino esce fumo e in esso sono presenti prodotti infiammabili, probabilmente sarà scoppiato un incendio al suo interno”), nonché le prove *medico-cliniche*, di cui si è già parlato nel § 4 (in quanto interessate primariamente alla diagnosi di malattie in atto, a partire dai loro sintomi esteriori)<sup>24</sup>.

Le prove *lato sensu storiche* si riferiscono a fatti non immediatamente percepibili (in termini assoluti) *perché passati*, di cui affermano l'esistenza *trascorsa* sulla base di un'inferenza. *Lato sensu* storiche sono la PGOI e le altre figure probatorie *giudiziarie*, nonché le prove *stricto sensu storiche*. Sennonché, va ribadito che tutte le prove giudiziarie posseggono tale carattere solo tipicamente. In effetti, è vero che i fatti di cui il giudice si occupa sono in linea di massima non immediatamente percepibili perché passati (cfr. § 4). Ma è pur vero che il giudice si occupa talora anche di fatti presenti e immediatamente percepibili (dunque di prove constatative: cfr. di nuovo § 4) oppure di fatti presenti ma non immediatamente percepibili (dunque di prove attuali: si pensi alla lombosciatalgia che, stando al certificato medico prodotto, affliggerebbe l'imputato fino al giorno dell'udienza, impedendogli di parteciparvi)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sui rapporti tra prova medica e prova giuridica, cfr. D.W. Miller, C.G. Miller, *Evidence, Medical and Legal*, in «Journal of American Physicians and Surgeons», 2005, pp. 70-75. Che tra le due forme di prova vi sia una stretta somiglianza, lo conferma il fatto che i metodi valevoli nel primo ambito (abduittivo e ipotetico-deduttivo: cfr.: R. Festa, V. Crupi, P. Giaretta, *Forme di ragionamento e valutazione delle ipotesi nelle scienze mediche*, in A. Pagnini (a cura di), *Filosofia della medicina*, Roma, Carocci, 2010, pp. 119-142) sono stati ritenuti operanti – *mutatis mutandis* – anche nel secondo (cfr.: P. Ferrua, *Presentazione*, in G. Carlizzi, G. Tuzet (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 4, 2018, pp. 12 s.).

<sup>25</sup> Più complessa è la questione se possa darsi vera e propria prova dei *fatti futuri*. A mio avviso, ciò va escluso quanto meno per ragioni concettuali: se “prova di una proposizione

Chiarite le differenze tra prove attuali e prove *lato sensu* storiche, va nondimeno precisato che esse, per la loro comune matrice ricostruttiva, dunque inferenziale, condividono sempre un significativo margine di incertezza. Il principale aspetto di differenza è dato dalla possibilità, che si dà unicamente nel primo caso, quando si tratta di un fatto non immediatamente percepibile soltanto in termini relativi, di procedere alla sua percezione diretta (nell'esempio suddetto: entrando nel magazzino e constatando l'effettiva presenza dell'incendio).

### 6. La famiglia delle prove istituzionali

Nell'ordine delle prove *lato sensu* storiche, la famiglia delle prove istituzionali si contrappone a quella delle prove *stricto sensu* storiche.

In estrema sintesi, le prove *stricto sensu storiche* si caratterizzano sotto i seguenti profili: possono essere prodotte da chiunque, possono basarsi su tutte le informazioni reperibili e non comportano risultati definitivi, neppure tendenzialmente. Così, sotto il primo profilo, sebbene esista una comunità di studiosi che mira professionalmente a fornire prove di questo tipo, l'appartenenza a essa di per sé non attribuisce alcuna supremazia epistemica. Sotto il secondo profilo, per quanto nel tempo siano state sviluppate diverse metodologie della ricerca storica, nessuna di queste si traduce in rigidi divieti di ricorso a certe fonti; pertanto, il ricercatore è libero di spaziare nella selezione del materiale informativo, ed eventuali *deficit* di affidabilità di quest'ultimo incideranno tutt'al più sulla plausibilità delle conclusioni che egli ne ha tratto. Infine, per quanto certe acquisizioni storiche siano destinate a durare nel tempo, nessuna di esse può ritenersi cristallizzata una volta per tutte, essendo sempre esposta alla critica fondata sulla scoperta di nuove fonti e/o sulla reinterpretazione di

---

empirica singolare” significa conferma dell'affermazione circa l'esistenza di un fatto concreto, tale esistenza deve essersi realizzata. Sul punto, cfr. *amplius* A.R. White, *Fact in the Law*, in W. Twining (a cura di), *Facts in Law*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», opuscolo, 16, 1983, pp. 116-119. Ciò non toglie che, nell'ambito del processo, capita spesso che si debbano fare prognosi su fatti futuri (es.: che il condannato non commetterà ulteriori reati, prima di concedergli la sospensione condizionale della pena). Il punto è se si debba parlare anche a questo riguardo di “prova”. In altri campi le due attività sono nettamente distinte, anche a livello terminologico: si pensi alla differenza tra diagnosi e prognosi medica.

quelle disponibili<sup>26</sup>.

Le prove *istituzionali*, invece, si caratterizzano in genere sotto tre profili contraddittori rispetto a quelli appena indicati: possono essere prodotte soltanto da certi organi, non possono basarsi su tutte le informazioni reperibili e comportano risultati tendenzialmente definitivi. Istituzionali sono solo la PGOI e le altre figure probatorie *giudiziarie*, sicché, pur essendo i caratteri finora esaminati e ancora da esaminare tutti peculiari, quello in esame spicca sugli altri, perché è particolarmente caratterizzante. Esso, infatti, consente di contraddistinguere la PGOI e le altre figure probatorie giudiziarie da tutti i restanti tipi di prova. In particolare, consente di contraddistinguerle dalle prove *stricto sensu* storiche, le quali, come mostra il fatto che sono le uniche che le hanno affiancate fino a questo punto, sono quelle maggiormente affini alle figure probatorie giudiziarie<sup>27</sup>. Infatti, queste ultime, innanzitutto, sono affidate in via esclusiva a *specifici organi*: il giudice degli ordinamenti continentali, la giuria di quelli angloamericani<sup>28</sup>. In secondo luogo, non possono basarsi su tutte le *informazioni* reperibili, ma solo su quelle *ammissibili* in *conformità* alle *regole di esclusione*, ossia alle regole che bandiscono dal processo certi tipi di informazioni (es.: divieto di ammissione di tracce reperite nel corso di perquisizioni illegali oppure di testimonianze “per sentito dire”). A quest’ultimo riguardo, peraltro, si coglie un riverbero della distinzione appena tracciata tra ordinamenti continentali e ordinamenti angloamericani: nei primi, proprio perché anche la decisione sul fatto spetta al giudice, ossia a un professionista della materia, le regole di esclusione sono di solito alquanto sporadiche<sup>29</sup>; nei secondi, al contrario,

<sup>26</sup> Su questi e altri aspetti della ricerca storica, in particolare sui condizionamenti ai quali essa è sempre esposta, cfr. H.I. Marrou, *La conoscenza storica*, Bologna, Il Mulino, 1962, pp. 48-66 (sulla inseparabilità tra ricerca storica e persona dello storico); J. Topolski, *La storiografia contemporanea*, Roma, Editori Riuniti, 1981, pp. 63-74 (sull’influsso esercitato dall’appartenenza di classe); J. Tosh, *Introduzione alla ricerca storica*, Firenze, La Nuova Italia, 1989, pp. 145-168 (sui limiti della ricerca storica legati all’individualità del ricercatore).

<sup>27</sup> In effetti, la ricerca dello storico di professione costituisce il più ricorrente termine di confronto dell’accertamento giudiziale dei fatti. Limitandoci alla letteratura più recente, cui si rinvia anche per citazioni di quella più datata, nonché per confronti con ulteriori figure (in particolare: lo scienziato e il letterato), cfr.: M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 310-315; G. Tuzet, *Filosofia della prova* giuridica, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 37-47.

<sup>28</sup> Per un’analisi storico-comparatistica dei sistemi processuali di *civil law* e di *common law* dalle origini ai giorni nostri, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Perizia penale e reati colposi*, in *Enciclopedia del diritto, I Tematici*, vol. II, 2021, §§ 2-6, cui si rinvia anche per ulteriori informazioni sui temi trattati nei prossimi paragrafi (regole di esclusione probatoria, giudizi di Dio, prova legale ecc.).

<sup>29</sup> Su tale figura e sui suoi rapporti con figure affini, cfr. M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009.

proprio perché la decisione sul fatto è riservata alla giuria, ossia a un complesso di profani della materia, le regole di esclusione costituiscono da sempre l'architrave del diritto delle prove<sup>30</sup>. Infine, la PGOI e le altre figure probatorie giudiziarie comportano risultati *tendenzialmente definitivi*, nel senso che, una volta passate in giudicato, le pronunce che le stabiliscono non possono essere rimesse in discussione, salvo che siano di condanna e si diano nuove informazioni capaci di provare l'innocenza del condannato (in base all'istituto della revisione, previsto da diversi ordinamenti)<sup>31</sup>.

Tanto chiarito, i tre principi delle prove istituzionali appena illustrati (monopolio giudiziale della valutazione probatoria, limitazione del materiale conoscibile attraverso regole di esclusione probatoria, tendenziale definitività della suddetta valutazione) sono funzionali a ben precisi obiettivi politico-giuridici. In particolare, il primo e il terzo principio, concorrendo a impedire che la valutazione probatoria del giudice possa essere contestata da chiunque senza limiti di tempo, garantiscono la stabilità delle pronunce giudiziarie, e con ciò la pace civile alla quale pure il diritto è funzionale. D'altro canto, il principio relativo alle regole di esclusione, imponendo una severa selezione delle informazioni introducibili nel processo, sulla base delle esperienze negative maturate facendo uso di quelle bandite, serve a contenere il più possibile il rischio che l'organo giudicante sia fuorviato nella ricerca della verità.

## 7. Il genere delle prove empiriche

Nella famiglia delle prove istituzionali, il genere delle prove empiriche si contrappone a quello delle prove mistiche.

<sup>30</sup> Anzi, è proprio nella fissazione delle regole di esclusione probatoria, a sua volta conseguente all'introduzione della difesa professionale in Inghilterra intorno al 1730, che un autorevole storico del diritto individua il momento genetico del modello accusatorio: cfr. J.H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 252-343. In ambito angloamericano, il più vigoroso critico di tali regole, di quelle di valutazione e, in generale, delle regole processuali è stato Jeremy Bentham: sul punto, cfr., per tutti, W. Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985, spec. pp. 66-74. Per repliche a questo punto di vista, cfr. S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, Bocconi University Press, 2015, pp. 57-67.

<sup>31</sup> Sui profili storici del giudicato penale, cfr. F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 59-171; su quello civile, G. Pugliese, *Giudicato civile (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, 1969, pp. 727-785.

Le prove *mistiche* si basano sulla convinzione, tipica di epoche lontane, che la divinità intervenga sempre nell'accertamento dei fatti in giudizio, inviando appositi segnali agli organi che amministrano la giustizia sulla terra. Mistiche sono le prove che il giudice dell'epoca altomedioevale traeva da *giuramenti, duelli e ordalie*, non a caso accomunati sotto l'etichetta "*giudizi di Dio*"<sup>32</sup>. Per quanto riguarda in particolare le ordalie, esse consistevano nel far dipendere la conferma dell'ipotesi di innocenza dell'imputato dall'esito positivo di una sfida, perlopiù proibitiva (es.: sopravvivere a un'immersione a mani e piedi legati in acque ghiacciate)<sup>33</sup>. Tale rigido nesso poggiava sulla fiducia che Dio avrebbe sempre salvato l'innocente. Può perciò sostenersi senza contraddizione che la prova ordalica e le altre prove mistiche avevano una propria "logica", che però non corrisponde alla nostra idea di razionalità. Infatti, è vero che esse funzionavano in forma inferenziale, ma è pur vero che la loro logicità si risolveva in questo aspetto puramente formale, mentre la loro principale premessa consisteva in un criterio fideistico, come tale sottratto a ogni controllo razionale (grosso modo: "se e solo se l'accusato non ha commesso il crimine attribuitogli, Dio non lo farà soccombere alla sfida ordalica").

Per contro, le prove *empiriche* si basano sull'idea, maturata riflettendo sull'esperienza, che tra fatti di un certo tipo e fatti di un altro tipo esiste una correlazione non *casuale*, bensì *causale*, con la conseguenza che, quando si ignora se i primi siano accaduti e si sa che i secondi sono accaduti, tale conoscenza può consentire di confermare che anche i primi lo sono. Empiriche sono le tre principali figure probatorie giudiziarie: la *PGOI*; la prova *legale* preminente negli ordinamenti continentali dell'epoca moderna, ma di cui sono rimaste tracce negli ordinamenti contemporanei, ivi compreso quello penale italiano<sup>34</sup>; la prova *intima* vigente di regola negli ordinamenti angloamericani, e in via di eccezione in altri ordinamenti, come quello francese, che per primo la sperimentò in

<sup>32</sup> Sul punto, cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 10-13.

<sup>33</sup> Per una introduzione generale, C. Baudi Di Vesme, *A giudizio di Dio. Storia e tipi di ordalie*, Milano, PGreco, 2013; in termini sintetici, cfr. F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, pp. 468-475.

<sup>34</sup> Che il sistema della prova legale poggiasse su una riflessione (talvolta discutibile) avente ad oggetto l'esperienza comune, lo conferma A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica* (1961), Milano, Giuffrè, 1971, p. 236 e nt. 11, là dove, anche richiamando adesivamente lo studio monografico di Furno, ricorda che in quel sistema la valutazione probatoria veniva imposta dal legislatore al giudice sulla base di "un criterio di uniformità e di normalità ricavato dall'*id quod plerumque accidit*".

ambito continentale<sup>35</sup>. Al di là delle differenze che le dividono, tali figure si somigliano tra loro perché poggiano tutte su *criteri probatori*, ossia su proposizioni affermanti che, quando accadono certi fatti, necessariamente o probabilmente altri ne sono accaduti prima o ne accadranno dopo. Più precisamente, essi sono stabiliti riflettendo sulle esperienze comuni, cioè rilevando che, poiché in passato certi fatti si sono accompagnati sempre o con una certa frequenza ad altri fatti e vi sono ragioni per ritenere che tale correlazione costituisca una regolarità, essa deve valere anche in futuri casi simili. Ciò sia ai fini della valutazione di *attendibilità* delle *comunicazioni* (es.: poiché in passato la terzietà ha spinto per ragioni comuni a dire la verità con una certa frequenza, anche la deposizione del presente testimone terzo può ritenersi veridica), sia ai fini della valutazione di *persuasività* degli *indizi* (es.: poiché in passato i responsabili di omicidi sono fuggiti per ragioni comuni con una certa frequenza dal luogo di commissione, la fuga dell'imputato di omicidio nel presente processo può ritenersi indicativa della sua colpevolezza).

In questa sede non dispongo dello spazio necessario per approfondire la base empirica dei suddetti criteri probatori. Dunque, devo limitarmi a due brevi osservazioni. Innanzitutto, bisogna distinguere i criteri probatori *scientifici* da quelli comuni. Infatti, mentre i primi, quando sono realmente tali, ossia collaudati facendo uso del metodo ipotetico-deduttivo-sperimentale, esibiscono un'elevata affidabilità<sup>36</sup>, i criteri probatori *comuni* di solito sono solo relativamente plausibili o addirittura discutibili<sup>37</sup>. Relativamente plausibili sono i criteri empirici basati sull'osservazione di un numero limitato di casi (es.: di alcune fughe precipitose degli effettivi assassini dai luoghi dei rispettivi omicidi) e/o formulati in modo da trascurare particolarità probatoriamente significative (es.: la tendenza a fuggire dipende in genere dal fatto che l'omicidio è stato commesso in un luogo affollato, sicché non vale se esso viene commesso in un luogo deserto). Addirittura discutibili sono i criteri empirici basati sull'esperienza

<sup>35</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio alla critica della diffusa visione caricaturale dell'*intime conviction* svolta in G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, San Lazzaro di Savena, Bonomo, 2018, pp. 16 s. e nt. 29.

<sup>36</sup> Ancor più complessa è la questione dell'affidabilità dei criteri probatori scientifici, consacrati nelle "tesi nomologiche" proposte dagli esperti in giudizio: sul punto, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 36-42.

<sup>37</sup> Sulle principali questioni sollevate da questa figura, v. G. Canzio, *Le massime di esperienza e il ragionamento probatorio*, in «disCrimen», 1° luglio 2019; M. Taruffo, *Considerazioni sulle massime di esperienza*, in Id., *Verso la decisione giusta*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 227-261.

del solo giudice, se non addirittura sui suoi stereotipi (cd. pseudomassime di esperienza), che egli contrabbanda per esperienza comune (es.: il giudice che ha scoperto di essere stato tradito dalle sue varie compagne e ha rilevato ogni volta, tra le altre tracce, l'esistenza di chat quotidiane con l'amante di turno, sarà portato a bollare come fedifraga l'imputata che risulti aver avuto contatti di questo tipo con altri uomini)<sup>38</sup>.

In secondo luogo, come anticipato verso la fine del § 4, la descritta base empirica costituisce la condizione di razionalità *materiale* della valutazione probatoria. Essa è pertanto destinata, riversandosi nella struttura inferenziale che caratterizza la suddetta valutazione quando assume carattere ricostruttivo (anziché constatativo), ossia combinandosi con la sua condizione di razionalità *formale*, a fondare la *compiuta* razionalità della stessa valutazione. In parole povere: l'autentica *prova giudiziaria razionale* si ha a due condizioni concorrenti, ossia quando il giudice ricostruisce in via *inferenziale* il fatto oggetto della proposizione da provare e apprezza le informazioni di cui dispone sulla base di massime *empiriche* dotate di una certa plausibilità.

## 8. *La specie delle prove autonome*

Nel genere delle prove empiriche, la specie delle prove autonome si contrappone a quella delle prove eteronome. Le due specie si distinguono a seconda che il giudice goda o non di libertà rispetto al legislatore<sup>39</sup> nell'individuare il criterio della propria valutazione probatoria (sul quale cfr. § 7).

In breve, le prove *eteronome* si hanno quando il legislatore, limitando o annullando il libero convincimento del giudice<sup>40</sup>, gli impone i criteri sulla

<sup>38</sup> Sull'uso degli stereotipi e delle connesse pseudomassime di esperienza nella valutazione probatoria, v. il "caso Hotel Stella" analizzato e commentato in G. Carlizzi, *Critica della responsabilità seriale. Un contributo alla logica e alla metodologia del ragionamento probatorio*, in D. Cananzi, R. Righi (a cura di), *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, I, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 336-346. Sul ruolo degli stereotipi nel diritto (ritenuto talora positivo), v. F. Schauer, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>39</sup> In verità, tale vincolo può derivare (di diritto o di fatto, a seconda dell'ordinamento considerato) anche dagli orientamenti consolidati della Corte Suprema: sulle presunzioni giurisprudenziali, cfr. C. Gamba, *Presunzioni [dir. proc. civ.]*, *Diritto on line*, Treccani, 2016, § 3.

<sup>40</sup> In tema, fondamentale resta M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, Milano, Giuffrè, 1974. Più di recente, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Libero convincimento e*

base dei quali egli deve stabilire se certi fatti sono o non accaduti. Eteronoma per antonomasia è la prova *legale*, in particolare positiva<sup>41</sup>, invalsa in epoca moderna nei principali ordinamenti continentali a seguito del tramonto del sistema ordalico<sup>42</sup>. Essa dà vita a presunzioni o automatismi probatori, che, da un lato, possono vincolare rigidamente l'uno o l'altro dei fondamentali apprezzamenti probatori del giudice, ossia la valutazione di attendibilità delle comunicazioni e quella di persuasività degli indizi (cfr. § 7); dall'altro lato, possono essere assoluti o relativi. Così, sotto il profilo della valutazione di *attendibilità*, in alcuni ordinamenti europei dell'epoca moderna era previsto che le dichiarazioni concordi di due testimoni "irriprovevoli" dovessero essere *sempre* considerate veridiche<sup>43</sup>. D'altro canto, sotto il profilo della valutazione di *persuasività*, è possibile fornire esempi sia di presunzioni *relative* (valevoli fino a prova contraria), sia di presunzioni *assolute* (insuperabili). Nel nostro ordinamento, la figura del soggetto indiziato di appartenere a un'associazione mafiosa è toccato da presunzioni di ambo i tipi: in base all'art. 275, comma 3, II periodo, c.p.p. (letto anche in relazione al III periodo), da un lato, si presume che egli sollevi esigenze *cautelari*, ma con la *possibilità di prova contraria* ("salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari"); dall'altro lato, nel ricorso (*relativamente* presunto) delle suddette esigenze, si presume, questa volta *senza* possibilità di *prova contraria*, dunque in termini *assoluti*, che l'unica misura idonea a neutralizzarle sia la *custodia cautelare in carcere*<sup>44</sup>.

---

*ragionevole dubbio nel processo penale*, cit., pp. 9-46; in termini sintetici, v. Id., *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in «Criminalia 2018», 2019, pp. 521-535.

<sup>41</sup> Sulla differenza tra prova legale positiva (dove la traccia è – come detto – condizione sufficiente, ma non necessaria di prova) e prova legale negativa (dove la traccia è condizione necessaria, ma non sufficiente di prova, essendo richiesti a tal fine ulteriori elementi liberamente individuabili dal giudice), cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 127. Per gli aspetti storici della (meno nota) prova legale negativa, cfr. P. Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>42</sup> Su tale istituto nel processo penale bassomedioevale e moderno, cfr. G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979.

<sup>43</sup> Al riguardo, cfr. I. Rosoni, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale moderna*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 74, cui si rinvia per ulteriori esempi (cfr., in particolare, *ibidem*: "sono prove piene, in materia criminale, la testimonianza di due testi *irreprobables*, la confessione del reo, la *evidentia facti*, la prova scritturale").

<sup>44</sup> Sugli automatismi probatori nel processo penale, in particolare sui relativi problemi di legittimità costituzionale, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Libero convincimento del giudice e automatismi probatori*, in «notizie di Politeia», 2020, pp. 106-112.

All'opposto, le prove *autonome* sono basate su un criterio probatorio discrezionalmente scelto dal giudice, in attuazione del citato principio del libero convincimento. Autonome sono la *PGOI* e la prova *intima*. Infatti, in entrambi i casi il giudicante è autorizzato a stabilire, secondo criteri scelti liberamente entro i limiti della ragionevolezza, se certi fatti inducono a credere, da un lato, che le comunicazioni raccolte in giudizio (testimonianze e documenti) siano corrette (valutazione di attendibilità delle comunicazioni), dall'altro, che i fatti da provare siano realmente accaduti (valutazione di persuasività degli indizi).

La scelta tra prove autonome e prove eteronome dipende dai capitali *obiettivi politico-giuridici* dei detentori del potere. Quando considerano preminente la *concretezza* della valutazione probatoria giudiziaria, ossia la sua maggiore aderenza possibile alle particolarità del fatto in giudizio, essi tendono a privilegiare il meccanismo delle prove autonome. Quando ritengono più importante *dirigere* la valutazione probatoria del giudice, i detentori del potere preferiscono di solito ricorrere al meccanismo delle prove legali. Tale esigenza direttiva, peraltro, può avere a seconda dei casi un'ispirazione *rigorista* (se la politica vuole contenere i possibili slanci del garantismo, per promuovere i suoi obiettivi di controllo sociale<sup>45</sup>) o, all'opposto, *tollerante* (se la politica vuole tenere a bada gli impulsi del giustizialismo, in funzione di garanzia dei diritti di libertà dei consociati<sup>46</sup>).

Sotto questo profilo, si impone un'ultima osservazione, che ci ricollega a quanto osservato verso la fine del § 1 circa il fatto che l'autonomia è una caratteristica tipica, ma non essenziale, della *PGOI*. Dato che il meccanismo della prova legale è un "guscio vuoto", ossia serve a un

<sup>45</sup> Questa sembra essere l'ispirazione del citato art. 275, comma 3, II periodo, c.p.p., come si evince dalla recente sentenza Corte cost. 191/2020 (relativa al delitto dell'art. 270-*bis* c.p., accostato dalla norma in scrutinio a quello dell'art. 416-*bis* c.p., nonché a quello dell'art. 270 c.p.): "la compressione, peraltro solo parziale, dei poteri discrezionali del giudice trova qui giustificazione, nell'ambito di un bilanciamento che questa Corte non ritiene di poter censurare dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, in relazione alla *finalità di tutelare la collettività* contro i gravissimi rischi che potrebbero derivare dall'eventuale *sopravalutazione, da parte del giudice*, dell'adeguatezza di una misura non carceraria a contenere il pericolo di commissione di reati, pur ritenuto sussistente nel caso di specie" (corsivi aggiunti).

<sup>46</sup> Tale è stata considerata l'ispirazione del sistema bassomedioevale e moderno della prova legale da G. Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., pp. 5-11, spec. pp. 5-7: "preoccupazioni ed orientamenti teorici assai diffusi nella dottrina intermedia: [...] l'*esigenza di un'assoluta pienezza di prova*, quando si dovesse irrogare una *condanna penale*. Per il raggiungimento di tali fini il diritto intermedio elaborò [...] una fitta rete di regole e limiti intorno alla prova [...]" (corsivi aggiunti).

controllo che può mirare a diversi fini, rari sono gli ordinamenti storici che plasmano la prova giudiziaria come integralmente autonoma o, all'opposto, eteronoma. Piuttosto, di regola, ciascun ordinamento manifesterà una tendenza prevalente in un senso o nell'altro, bilanciandola con la previsione di opportune deroghe in settori o casi particolarmente delicati. Esempio è la PGOI, in particolare penale, che è incentrata sul principio del libero convincimento del giudice (art. 192, comma 1, c.p.p.), dunque sulla caratteristica dell'autonomia, ma che in alcuni casi soggiace a regole di prova legale, cioè eteronoma, per reati particolarmente gravi e preoccupanti (cfr. art. 275, comma 3, II periodo, c.p.p., più volte citato).

### 9. *La sottospecie delle prove pubbliche*

Infine, nella specie delle prove autonome, la sottospecie delle prove pubbliche si contrappone a quella delle prove intime. Se è vero che entrambe valorizzano il libero convincimento del giudice, si distinguono profondamente sotto il profilo della trasparenza della loro formazione.

Le prove *intime* nascono e si esauriscono nella mente del giudicante, il quale si limita a comunicare alle parti di essersi convinto che l'ipotesi da provare abbia trovato o non conferma, ossia, in sostanza, a proclamare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato. Intima è principalmente la prova prodotta dalla *giuria*, si tratti dell'archetipo *inglese*<sup>47</sup> oppure delle sue più importanti "imitazioni", introdotte nel medesimo anno, il 1791, nella Francia postrivoluzionaria (con decreto dell'Assemblea costituente del 16 settembre<sup>48</sup>)<sup>49</sup> e negli Stati Uniti (con il VI emendamento della Costituzione)<sup>50</sup>. In tutti questi casi, come traspare in modo particolarmente evidente nella direttiva impartita ai giurati postrivoluzionari francesi prima che si ritirassero in camera di consiglio<sup>51</sup> (sostanzialmente trasfusa

<sup>47</sup> Al riguardo, cfr. E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 13-20 e 33-41.

<sup>48</sup> Intitolato "*Loi concernant la Police de Sûreté, la Justice Criminelle & l'établissement des Jurés*" (e perciò talvolta chiamato "legge").

<sup>49</sup> Sul punto, v. A. Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai «philosophes» alla costituente*, Milano, LED, 1994.

<sup>50</sup> In tema, cfr. A. Alschuler, A.G. Deiss, *A Brief History of the Criminal Jury in the United States*, in «University of Chicago Law Review», 1994, pp. 867-928.

<sup>51</sup> A tal proposito, v. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, cit., p. 154.

nell'art. 353 c.p.p. franc. vigente<sup>52</sup>), la prova deve pur sempre costituire la conclusione di una valutazione razionale delle informazioni raccolte in giudizio. Tuttavia, non essendo previsto un obbligo di motivazione, cioè di esposizione delle giustificazioni di tale “verdetto”, la razionalità della prova intima si esaurisce in un mero postulato. Un postulato, questo, che i vari ordinamenti favorevoli a tale regime accolgono solo perché considerano la democraticità della valutazione probatoria come il valore apicale e la giuria come lo strumento più congeniale per la sua attuazione.

Per contro, le prove *pubbliche* sono essenzialmente trasparenti, in quanto il giudice che le produce non solo comunica il proprio convincimento circa la conferma raggiunta o non dall'ipotesi di accusa, ma anche le *ragioni* che giustificano tale conclusione<sup>53</sup>. Caso paradigmatico di prova pubblica è la *PGOI*, dato che l'art. 111, comma 6, Cost. stabilisce l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, e dato che gli artt. 192, comma 1, 546, comma 1, lett. e, 606, comma 1, lett. e, c.p.p. attuano questa previsione concorrendo a delineare un ben preciso modello di giustificazione della decisione giudiziaria<sup>54</sup>. Tale modello si compone fondamentalmente degli elementi già illustrati in precedenza, quando si è parlato delle prove ricostruttive ed empiriche (§§ 4 e 7): il convincimento del giudice costituisce il risultato di un'inferenza (espressione di razionalità formale) costituita da un criterio probatorio e da un complesso di evidenze apprezzate in base a esso (espressione di razionalità materiale). Ora, in conclusione, importa soprattutto soffermarsi su un fenomeno. Quando il giudice, come capita di regola, redige la motivazione a distanza di

<sup>52</sup> “*Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: 'Avez-vous une intime conviction?'*”.

<sup>53</sup> Sul tema della motivazione giudiziaria (civile e canonica), cfr. la ricostruzione storica di Mancuso F., *Exprimere cavsam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1999 (sarebbe prezioso un lavoro analogo sulla motivazione penale). In chiave teorica e con riguardo alla sentenza penale del nostro ordinamento, cfr. F.M. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enciclopedia del diritto – Agg.*, vol. IV, 2000, pp. 750-800.

<sup>54</sup> Su questo “reticolo di norme”, con cui il codice traccia “i percorsi di verità che guidano il ragionamento probatorio e la decisione giudiziale”, cfr. G. Canzio, *Alle radici dell'errore giudiziario: “Heuristics and Biases”*, in L. Lupária Donati (a cura di), *L'errore giudiziario*, cit., pp. 86-88.

tempo dalla pronuncia del dispositivo, le *ragioni* che adduce a suo *sostegno* non coincidono mai perfettamente con i *pensieri* che lo hanno *spinto* a decidere in quel modo. Credere che la mole di dati e argomenti emersi in dibattito possa essere dominata con gli strumenti approssimativi della riflessione solipsistica (del giudice monocratico) oppure del dialogo orale (tra i membri del collegio) è del tutto illusorio. In questo senso, bisogna riconoscere le virtù *maieutiche* della *scrittura*<sup>55</sup>, nella cui invenzione si è giustamente colto uno degli eventi determinanti per la nascita della filosofia<sup>56</sup>, nonostante le lodi dell'oralità tessute da Platone nella *VII Epistola* (la cui autenticità è peraltro discussa<sup>57</sup>). Il punto è che solo scrivendo, leggendo e riscrivendo gli argomenti decisori escogitati nella camera di consiglio il giudice – esattamente come sto facendo io in questo momento – è in grado di seguirli nelle loro principali presupposizioni e implicazioni, dunque di riordinarli, rettificarli e reintegrarli. In tal modo, quelli che erano semplici *moventi* della decisione assurgono al rango di vere e proprie *ragioni*<sup>58</sup>, le quali garantiscono finalmente l'esame della sua correttezza ad opera delle parti e dei cittadini. Né questa presa d'atto deve far pensare che la decisione giudiziaria sia un gesto impulsivo, e la sua razionalità qualcosa di producibile solo in via eventuale e postuma. Certo, sarebbe ipocrita negare la possibilità che il giudice si renda conto di aver preso una decisione in qualche modo sbagliata solo scrivendone la motivazione. Ma queste sono evenienze eccezionali, non solo sostanzialmente superabili attraverso il sistema delle impugnazioni, ma soprattutto largamente prevenibili prestando la massima attenzione ai risultati dell'istruttoria, alle pretese della metodologia giuridica e alle ragionevoli aspettative di giustizia della collettività.

<sup>55</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in «Cassazione Penale», 2006, pp. 1192 s.

<sup>56</sup> Cfr. C. Sini, *Filosofia teoretica*, Milano, Jaca Book, 1992, p. 50.

<sup>57</sup> Sul punto, cfr. M. Isnardi Parente, *Premessa*, in Platone ed altri, *Lettere ai tiranni di Sicilia*, Palermo, Sellerio, 1985, p. 9.

<sup>58</sup> Sulla differenza tra moventi (che spiegano) e ragioni (che giustificano), cfr. U. Neumann, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Ars Interpretandi», 2010, pp. 51 s.



MARCO BRIGAGLIA

*La psicologia del giudizio normativo. Una ipotesi*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'azione umana tra automaticità e controllo – 3. Il giudizio normativo.

1. *Introduzione*

L'oggetto di questo breve contributo è la psicologia della normatività, e il suo protagonista principale è il “giudizio normativo”. Dato che molti fra i lettori di questo libro sono giuristi, è importante precisare sin d'ora che il termine “giudizio” sarà qui inteso in un senso molto lato, che travalica l'ambito della giurisdizione. I casi di giudizio normativo su cui mi concentrerò a titolo di esempio saranno tutti tratti da pratiche normative più semplici di quella, estremamente complessa, della giurisdizione e di altre istituzioni giuridiche.

Il giudizio normativo, nel senso in cui intenderò questa espressione, è la discriminazione di qualcosa, e in particolare di una azione, sotto categorie normative come giusto o sbagliato, corretto o scorretto, opportuno o inopportuno, razionale o irrazionale, e simili. Tra queste categorie vi sono importanti e spesso elusive differenze. Quello che la nozione generica di giudizio normativo ambisce a cogliere è un ipotetico strato comune, che nella letteratura anglofona è generalmente espresso in termini di “ought”<sup>1</sup> – espressione per la quale non esiste un esatto equivalente in italiano (“dovere” ha, per noi, sfumature più forti). Forse il termine italiano meno fuorviante per indicare questo strato comune è la dimensione della “correttezza”, e in questo senso il giudizio normativo può essere approssimativamente definito come discriminazione di qualcosa, e in particolare di una azione, come corretta o scorretta<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> V. per tutti J. Raz, *Practical Reasons and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

<sup>2</sup> Questo uso è puramente stipulativo, e non è affatto raro incontrare una terminologia diversa. Nel contesto anglosassone è molto diffuso anche l'uso del termine “razionale” (v. per esempio A. Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings. A Theory of Normative Judgment*, Oxford, Clarendon Press, 1990; D. Parfit, *On What Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2011).

Mi concentrerò in particolare su una specifica modalità di giudizio normativo, quello che è formato nel contesto della decisione: al momento di decidere come agire, cerchiamo di identificare il corso d'azione "corretto" e di attenerci ad esso. Il lettore avrà probabilmente riconosciuto in questa prospettiva il cosiddetto "punto di vista interno" che, parafrasando un po' Hart<sup>3</sup>, è il punto di vista di chi cerca di decidere cosa fare guidato da considerazioni normative, di seguire il corso d'azione che gli appare corretto. È, per usare un'altra espressione consueta, la situazione di chi si trova impegnato nella "guida normativa" della propria azione<sup>4</sup>. La questione generale su cui verte il mio saggio è dunque: che tipo di processi psicologici entrano in gioco in una situazione di "guida normativa"?

Quella che vi presenterò è una *ipotesi* di risposta. Nulla di quello che dirò può essere considerato assodato e non controverso, tutt'altro. È, inoltre, uno *scheletro* di risposta: mette a fuoco un possibile, probabile componente del giudizio normativo, che però non è certamente l'unico. Questo componente è il *controllo*: cercherò di mostrarvi come il giudizio normativo sottenda una forma complessa e stratificata di controllo, che emerge da, e si radica in, forme di controllo più semplici.

## 2. L'azione umana tra automaticità e controllo

Immaginate questi due diversi scenari<sup>5</sup>. Nel primo scenario, un escursionista, chinatosi per raccogliere dei frutti di bosco, scorge a poca distanza dalla sua mano la sagoma di un serpente: prima ancora di riflettere su cosa fare, il suo corpo ha già reagito scatenando una serie complessa e velocissima di reazioni viscerali e motorie, che culminano in un fulmineo movimento di allontanamento. Nel secondo scenario, un altro escursionista si trova nella stessa situazione, ma reagisce in modo diverso. Sente un forte

<sup>3</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

<sup>4</sup> P. Railton, *Normative Guidance*, in R. Shafer-Landau (a cura di), *Oxford Studies in Metaethics. Volume 1*, Oxford University Press, 2006, pp. 3-34. Altri preferiscono parlare di "normative decision-making" (J. Haidt, F. Bjorklund, *Social intuitionists reason, in conversation*, in W. Sinnott-Armstrong (a cura di), *Moral psychology. Volume 2: The cognitive science of morality: intuition and diversity*, Cambridge, The MIT Press, 2008, pp. 241-254), e altri ancora di "giudizio pratico" (B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli, 1994).

<sup>5</sup> L'esempio è tratto da D. Parfit, *On What Matters*, cit., p. 34 (ma adattato ad una prospettiva radicalmente diversa dalla sua).

impulso ad allontanarsi, ma lo controlla, si blocca, e comincia a riflettere su cosa fare. La sua riflessione passa in rassegna, velocemente, diverse possibili strategie anticipandone le probabili conseguenze, finché appare il ricordo di un corso di trekking fatto anni prima; concentrandosi su questa traccia (il tutto avviene in pochi secondi), l'escursionista ricorda che l'istruttore aveva consigliato, in casi del genere, di rimanere immobili, e poi allontanarsi con estrema cautela. Nonostante il cuore batta all'impazzata e l'impulso ad allontanare la mano sia fortissimo, l'escursionista continua a controllarsi per seguire la strategia appresa.

Questi due scenari esemplificano una differenza cruciale sia nella psicologia di senso comune che nella psicologia e nelle neuroscienze contemporanee: la differenza fra, da un lato, il *controllo* dell'azione, e, d'altro lato, azioni che saltano la mediazione del controllo, o a volte sfuggono al controllo, e si attivano “da sé”, in modo *automatico*.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, la ricerca su controllo e automaticità è divenuta uno degli assi principali delle scienze cognitive. Si tratta di un corpo di studi estremamente vasto, frammentato in filoni di ricerca diversi, in cui si sovrappongono una grande molteplicità di concetti e modelli<sup>6</sup> – che spesso si allontanano, anche in modo radicale, dalla psicologia di senso comune. Io proverò adesso a sintetizzare alcuni aspetti di questi studi in un modello semplice, e quanto più familiare possibile.

“Automaticità” e “controllo” indicano, anzitutto, due diverse modalità di regolazione dell'azione, emozione e cognizione umana – insieme organizzati di processi che calibrano la risposta dell'organismo alle sollecitazioni dell'ambiente. La differenza tra regolazione automatica e controllata non va pensata però come un salto netto, ma come un continuo graduale e multidimensionale<sup>7</sup>: tra forme prototipiche di automaticità e di

<sup>6</sup> La differenza tra automaticità e controllo è l'aspetto centrale delle cosiddette “dual process theories” (per una rassegna v. J.St.B.T. Evans, K. Frankish (a cura di), *In Two Minds: Dual Process and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2009). Sotto la lente delle scienze cognitive, la nozione di senso comune di controllo è stata inquadrata, e frammentata, in uno svariato insieme di nozioni più specifiche, le cui differenze e relazioni non sono chiare, e di cui esistono inoltre modelli estremamente diversi. Una lista non esaustiva include le nozioni di “controllo cognitivo”, “funzioni esecutive”, “memoria di lavoro”, “attenzione controllata”, “auto-controllo”, “Sistema 2”.

<sup>7</sup> V. ad es. D. Kahneman, A. Treisman, *Changing views of attention and automaticity*, in R. Parasuraman, D.R. Davies, J. Beatty (a cura di), *Varieties of attention*, New York, Academic Press, 1984, pp. 29-61; J.D. Cohen, K. Dunbar, J.L. McClelland, *On the Control of Automatic Processes: A Parallel Distributed Processing Account of the Stroop Effect*, in «Psychological Review», 3, 1990, pp. 332-361; J.A. Bargh, *The Four Horsemen of Automaticity: Awareness, Intention, Efficiency, and Control in Social Cognition*, in R.S. Wyer,

controllo come quelle indicate sopra, c'è spazio per innumerevoli figure intermedie, e in particolare per forme di controllo più o meno "intuitivo" o "automatizzato" (vedremo fra breve di cosa si tratta)<sup>8</sup>.

La regolazione automatica, nella sua forma prototipica, (i) è veloce – pensate, nell'esempio, alla rapidità in cui lo stimolo, la vista del serpente, innesca la risposta motoria; (ii) richiede poco o nessuno sforzo di attenzione o concentrazione; (iii) non è accompagnata da un senso di scelta volontaria; (iv) ed è inconscia: l'agente non ha accesso cosciente ai processi cognitivi che elaborano ed innescano la risposta<sup>9</sup>. Tipiche forme di regolazione automatica sono le *emozioni* (come paura e fuga), e i comportamenti *abituali* (come fermarsi al semaforo rosso).

La regolazione automatica è spesso considerata anche "rigida", nel senso che tende a seguire schemi di associazione stimolo-risposta predefiniti, in parte innati, ma in grandissima parte appresi o modulati dall'esperienza. Questo carattere non va però esagerato. Anzitutto, l'insieme dei nostri processi di regolazione automatica offre un vastissimo repertorio di possibilità, sottilmente modulate e adattate all'ambiente attraverso continui processi di apprendimento<sup>10</sup>. In secondo luogo, pur se all'interno di schemi predeterminati, anche forme di regolazione spiccatamente automatiche si adattano flessibilmente alle esigenze mutevoli del contesto – pensate al caso del serpente: per quanto impulsivo sia il movimento di ritrarre la mano, si adatterà da solo, almeno in parte, allo spazio concreto; se, ad esempio, a sinistra c'è un ostacolo, la mano si ritirerà verso destra.

La regolazione controllata, come mostra l'esempio fatto sopra, (i) è

---

T.K. Srull (a cura di), *Handbook of social cognition. Volume 1*, New York, Hillsdale, 1994, pp. 1-40; A. Moors, J. De Houwer, *What is automaticity? An analysis of its component features and their interrelations*, in J.A. Bargh (a cura di), *Social psychology and the unconscious. The automaticity of higher mental processes*, London, Psychology Press, 2007, pp. 11-50; C.L. Suhler, P.S. Churchland, *Control: Conscious or Otherwise*, in «Trends in Cognitive Science», 8, 2009, pp. 341-347.

<sup>8</sup> Qui considero come "soglia" del controllo la individuazione cosciente dell'azione "migliore", che guida poi l'azione. Non è affatto escluso, però, che esistano processi che hanno una struttura funzionale molto simile a quella dei processi di controllo, ma avvengono in modo inconscio (v. ad es. C.L. Suhler, P.S. Churchland, *Control: Conscious or Otherwise*, cit.; R.R. Hassin, J.A. Bargh, S. Zimmerman, *Automatic and Flexible: The Case of Non-Conscious Goal Pursuit*, in «Social Cognition», 1, 2009, pp. 20-36): un ulteriore aspetto della gradualità del passaggio fra automaticità e controllo.

<sup>9</sup> A. Moors, *Automaticity: Componential, Causal, and Mechanistic Explanations*, in «Annual Review of Psychology», 5, 2016, pp. 5.1-5.25; D. Kahneman, *A perspective on judgment and choice. Mapping bounded rationality*, in «American Psychologist», 9, 2003, pp. 697-720; Id., *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin, 2011.

<sup>10</sup> P.S. Churchland, *Brain-wise. Studies in Neurophilosophy*, Cambridge, The MIT Press, 2002.

più lenta, (ii) richiede più attenzione, (iii) è parzialmente cosciente, (iv) ed è spesso accompagnata da un senso di controllo volontario o di sforzo mentale<sup>11</sup>. Inoltre, uno degli aspetti centrali del controllo (addirittura, per molti, un suo tratto definitorio) è di permettere una maggiore flessibilità della risposta.

La struttura di base di un episodio di controllo può essere scandita nelle seguenti fasi<sup>12</sup>: vengono provvisoriamente inibite risposte comportamentali, comprese risposte automatiche eventualmente attivate; viene concentrata attenzione sulla selezione dell'azione da compiere; viene attivato un processo di ricerca, che esplora diversi sistemi di memoria per individuare, o costruire, opzioni d'azione ulteriori rispetto a quelle che tendono ad attivarsi automaticamente; viene simulata l'esecuzione delle diverse opzioni, immaginando le loro conseguenze, e questi processi immaginativi innescano reazioni affettive, positive o negative<sup>13</sup>.

Un episodio di controllo si chiude con la valutazione delle opzioni e la selezione di una di esse. Quando il processo decisionale verte sull'azione da compiere nel futuro immediato, l'opzione selezionata è mantenuta attiva nella memoria di lavoro, e, attraverso un processo ulteriore, è convertita in un appropriato programma motorio, ed effettivamente eseguita.

L'intero processo è guidato da rappresentazioni mentali, spesso chiamate "parametri del controllo" (*control parameters*, o *control representations*), che orientano la ricerca delle opzioni e fissano soglie di soddisfazione per la loro valutazione<sup>14</sup>. I parametri del controllo includono: rappresentazioni di

<sup>11</sup> D. Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, cit.

<sup>12</sup> Si possono approssimativamente distinguere tre stadi del controllo: la pianificazione dell'azione da compiere in un futuro non immediato; la selezione dell'azione da compiere nel futuro immediato; il controllo della *performance* durante l'esecuzione. Qui mi concentrerò sul *secondo* tipo di controllo, ma quanto detto può essere facilmente esteso al primo. Il controllo della performance ha, invece, una struttura parzialmente diversa (v. in particolare E. Pacherie, M. Mylopoulos, *Beyond Automaticity. The Psychological Complexity of Skills*, in «Topoi», 2020)

<sup>13</sup> J.St.B.T. Evans, K.E. Stanovich, *Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate*, in «Perspectives on Psychological Science», 3, 2014, pp. 223-241; P. Carruthers, *The Centered Mind. What the Science of Working Memory Shows Us About the Nature of human Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>14</sup> È importante precisare che l'intero processo, comprese le fasi di "valutazione", è usualmente trattato dalle scienze cognitive come un processo causale, suscettibile di una spiegazione "meccanistica" (*mechanistic explanation*, v. W. Bechtel, *Mental Mechanisms*, New York, Routledge, 2008): come, cioè, il risultato di un insieme di processi sub-personali, spiegabili senza bisogno di ricorrere ad un "omuncolo" che sovrintende ad essi (v. ad es. M. Botvinick, T.S. Braver, D.M. Barch, C.S. Carter, J.D. Cohen, *Conflict Monitoring and Cognitive Control*, in «Psychological Review», 3, 2001, pp. 624-652).

stati di cose che orientano ricerca e valutazione verso le opzioni associate al loro raggiungimento; rappresentazioni di schemi di azione che orientano ricerca e valutazione verso opzioni che li soddisfano; rappresentazioni del valore affettivo associato al compimento di una certa opzione o alle sue conseguenze. Possiamo chiamare questi tipi di parametri, rispettivamente: “scopi”, “strategie” (o “regole”)<sup>15</sup>, e “valori” (in un senso del tutto soggettivo del termine). Nell’esempio, l’anticipazione del morso del serpente attiva un valore negativo, che attiva lo scopo di evitare di essere morsi, che guida la ricerca di opzioni d’azione, fino al recupero in memoria della strategia della immobilità. La strategia guida il processo di valutazione causando la selezione dell’opzione che la soddisfa, e cioè rimanere immobili. La rappresentazione di questa opzione è mantenuta attiva nella memoria di lavoro, e guida l’azione effettiva.

Il processo di controllo è accompagnato da una vasta gamma di esperienze coscienti: senso di controllo volontario e di sforzo cognitivo, immagini coscienti del processo di ricerca e valutazione, e dei parametri che guidano il processo.

Sul rapporto tra coscienza e controllo vi sono opinioni molto diverse. Io qui assumerò (più che altro per comodità) una posizione moderata: possiamo accedere introspeettivamente ai processi di controllo, ma solo per frammenti, ed in modo poco accurato. È dunque possibile che alcuni dei parametri che guidano il processo ci sfuggano, e restino inconsci<sup>16</sup>. Inoltre, la nostra introspezione ha, in parte almeno, un carattere interpretativo: non si limita a registrare cosa accade, ma costruisce una storia che gli dà senso. È possibile che questa storia sia *sbagliata*, e ricostruisca il processo di controllo come guidato da parametri che, invece, non hanno giocato alcun ruolo causale.

È importante insistere sul fatto che la differenza fra controllo e automaticità non è netta, sotto molti aspetti.

(1) L’attivazione del controllo è regolata da meccanismi automatici, che possiamo chiamare “meccanismi di salienza”: quando la situazione

<sup>15</sup> Il termine “strategia” non è del tutto appropriato. Quello usato di solito è “regola”, ma, per un uditorio di giuristi, questa è una parola troppo carica di associazioni fuorvianti.

<sup>16</sup> L’accesso conscio al parametro che ci guida, inoltre, può avere diversi gradi di accuratezza e di analiticità. In certi casi, ad esempio, identifichiamo una azione come negativa, ma non siamo in grado di specificare quali sono i tratti che la rendono tale (la *sentiamo* sbagliata, ma non sappiamo perché), oppure siamo in grado di specificarli, ma in modo impreciso – pensate alla distanza appropriata da mantenere in una conversazione (un esempio sul quale tornerò): riconosciamo chiaramente e facilmente quando viene violata, ma non siamo assolutamente in grado di specificare analiticamente quale è la distanza corretta.

si allontana da prototipi di normalità, a causa di eventi inattesi, a causa di forti stimoli emotivi, o a causa di conflitto fra diverse risposte automatiche, i meccanismi di salienza attivano, in modo automatico, un processo di controllo.

(2) Le fasi di un episodio di controllo si possono svolgere in modo più o meno automatico o controllato. Pensate all'esempio fatto sopra: all'inizio le opzioni d'azione alternative vengono in mente in modo automatico, e quando si attiva il ricordo vago di aver ricevuto una informazione importante, scatta un processo di recupero più controllato. Quando la strategia d'azione è recuperata, la sua adozione come parametro è data per scontata. Ma, come vedremo più avanti, è possibile orientare il processo di riflessione sulla stessa adozione di quella strategia: l'istruttore era davvero competente? È proprio vero che quello è il modo migliore per evitare di essere morsi? E così via. In questo modo, il processo di controllo può assumere modalità molto complesse.

Di contro, il processo di controllo può anche assumere delle modalità molto più semplici, che sfumano verso la regolazione automatica. Possiamo chiamare controllo "intuitivo"<sup>17</sup> i casi nei quali l'attivazione di un parametro di controllo risolve in modo molto veloce il processo, determinando la selezione dell'azione senza ulteriori ricerche e valutazioni. Il caso più tipico è quello in cui l'immaginazione di una certa opzione genera immediatamente una forte reazione affettiva avversiva, che induce ad escluderla. Un esempio è offerto dalla nota interpretazione del dilemma del trolley data da Joshua Greene<sup>18</sup>. Nel dilemma, c'è un vagone fuori controllo che travolgerà cinque operai che lavorano più avanti, a meno di non spingere sul binario un operaio con una attrezzatura pesante, che bloccherebbe il vagone, ma verrebbe ucciso. Secondo Greene, immaginare di spingere l'operaio sotto il treno induce una forte reazione avversiva, che fa chiudere immediatamente il processo di controllo selezionando l'azione "non spingere", e impedendo al processo di riflessione di elaborare affettivamente e valutare le conseguenze della scelta, ossia la morte di altre cinque persone che altrimenti sarebbero state salvate.

<sup>17</sup> Nella letteratura psicologica, il termine "intuizione" è ordinariamente usato per indicare processi di giudizio che esibiscono caratteristiche proprie dei processi automatici. Quest'uso si discosta, sotto importanti aspetti, dall'uso canonico del termine "intuizione" in filosofia morale (v. W. Sinnott-Armstrong, *Framing Moral Intuitions*, in Id. (a cura di), *Moral psychology. Volume 2: The cognitive science of morality: intuition and diversity*, Cambridge, The MIT Press, 2008, pp. 47-76).

<sup>18</sup> J. Greene, *Moral tribes. Emotion, reason, and the gap between us and them*, London, Penguin, 2013.

(3) Tra forme di controllo più o meno riflessivo e più o meno automatico c'è una gradualità fine, articolata, e *mobile*. Anche nelle sue modalità più flessibili, il controllo non è un processo privo di vincoli, che può svilupparsi con eguale probabilità in qualsiasi direzione possibile. È, al contrario, un processo che ha percorsi preferenziali, che possiamo chiamare “pattern di controllo”: disposizioni – in parte innate, ma in grandissima parte plasmate e continuamente trasformate da processi di apprendimento – ad attivare, in certe circostanze, certi parametri di controllo e a prendere in considerazione preferenzialmente certe opzioni e ad anticipare certe conseguenze. Potete immaginare i pattern di controllo come una rete di sentieri iscritti in modo più o meno evidente nella nostra struttura cognitiva, che contribuiscono a fissare soglie di probabilità delle direzioni che verranno assunte dai nostri processi di controllo. Man mano che l'apprendimento procede, queste disposizioni possono diventare sempre più forti – proprio come sentieri che, a furia di essere percorsi, diventano più evidenti e orientano i percorsi successivi. Fino a creare “pattern di controllo *automatizzati*”: forti disposizioni ad attivare un certo parametro di controllo, che tende a determinare la risposta senza attivare, o attivando in modo molto semplificato, processi di ricerca e valutazione. Questo processo di automatizzazione può proseguire fino a trasformarsi in una semplice reazione automatica<sup>19</sup>. Ad esempio, la strategia “restare immobili se si incontra un serpente” può, dopo un processo di apprendimento, venire automaticamente in mente, senza sforzo. Attraverso addestramento a restare immobili davanti ad un serpente, lo schema di comportamento indicato dalla strategia si può progressivamente automatizzare, richiedendo, per essere eseguito, uno sforzo di controllo via via minore. In certi casi, lo schema di comportamento appreso può diventare del tutto automatico, trasformandosi in un comportamento abituale, che si innesca e procede senza più alcun bisogno di controllo, o con un controllo davvero minimo. È un'esperienza che facciamo tutti. Pensate all'apprendimento di una abilità complessa come guidare la macchina. Quando avete imparato a farlo, gran parte dei movimenti, come l'uso della frizione e del freno, si automatizzano, e non richiedono più sforzo di attenzione.

(4) Un aspetto importante di quanto appena detto è la possibilità, e la tendenza, ad una *convergenza* tra schemi di azione automatica, e pattern di controllo, più o meno automatico. La convergenza può essere anzitutto *infra-personale*. Pensate al mantenimento della distanza conversazionale.

<sup>19</sup> J.R. Searle, *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995; S. Monsell, *Task Set Regulation*, in: T. Egner (a cura di), *The Wiley handbook of cognitive control*, Chichester, Wiley & Sons, 2017, pp. 29-49.

Ciascuno di noi tende a mantenere in modo automatico, senza sforzo, una certa distanza durante la conversazione (e distanze diverse, a seconda del tipo di rapporto che si ha con l'interlocutore). Il mantenimento della distanza è però anche un pattern di controllo automatico: se il nostro interlocutore viola la distanza abituale, si genera una reazione affettiva di disagio, e i meccanismi di salienza attivano un processo di controllo automatico guidato da una rappresentazione della distanza da mantenere, che induce movimenti volontari volti a ripristinarla. Qualora io stesso abbia l'impulso di avvicinarmi troppo, il controllo potrà anche assumere una forma inibitoria.

Ma la convergenza è anche *inter-personale*, sociale. Addestramento e meccanismi imitativi inconsci tendono a fare progressivamente convergere, almeno in parte, sia schemi di azione automatica che pattern di controllo di individui dello stesso gruppo. La distanza conversazionale è, ancora una volta, un buon esempio: i membri "socializzati" dello stesso gruppo tenderanno ad avere, rispetto alla distanza conversazionale, analoghi schemi abituali e analoghi pattern di controllo automatico. Questo processo di sintonizzazione sociale delle reazioni automatiche e del controllo va insieme alla formazione e al continuo aggiornamento di aspettative reciproche riguardo sia ai comportamenti abituali altrui, che ai loro pattern di controllo – ci aspettiamo che gli altri membri del nostro gruppo mantengano abitualmente quella distanza, ed esercitino controllo per ripristinarla se violata. Questo tipo di strutture sono il livello di base delle "norme sociali". (Un altro importante aspetto della sintonizzazione sociale del controllo e della emersione di norme sociali riguarda pratiche correttive etero-dirette: l'attitudine ad esercitare, nei termini di Hart (1961), "pressione di conformità" in caso di comportamenti devianti altrui. Per semplicità, prescindendo da questo aspetto.)

Per riassumere in modo sintetico la struttura dei processi di regolazione umana illustrata in queste pagine si può ricorrere ad un'immagine: lo sfondo è costituito da un ricchissimo repertorio di comportamenti automatici, continuamente attivi; su questo sfondo, si accendono e spengono continuamente episodi di controllo, di diversa durata e intensità, orientati in parte dalle sollecitazioni ambientali (e sensibili a diversi fattori organici, come lo stress o il tono emotivo di fondo), e in parte da una rete di pattern di controllo, più o meno automatizzati<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Quale sia il peso relativo di questi fattori è oggetto di profondi disaccordi. Secondo alcuni, noti come "situazionisti" (v. per tutti J. Doris, *Lack of Character: Personality and Moral Behavior*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002), sono soprattutto gli stimoli ambientali a pesare. La posizione qui seguita è, chiaramente, diversa.

### 3. *Il giudizio normativo*

Lo svolgimento di un episodio di controllo, per come descritto, somiglia molto alla situazione oggetto della nostra indagine, la guida normativa dell'azione. In particolare, la selezione controllata dell'azione somiglia molto al giudizio normativo: può essere descritta come l'individuazione dell'azione che (appare come) corretta a chi agisce, e che guida la decisione e l'azione, inducendo comportamenti correttivi. I parametri del controllo, inoltre, somigliano molto ad alcune tipiche "ragioni d'azione", in uno dei sensi in cui è usata questa ambigua e controversa espressione<sup>21</sup>.

In effetti, non è affatto raro – soprattutto nel campo della psicologia del giudizio e della decisione, ma non solo – che il controllo sia descritto proprio ricorrendo a questa terminologia: il "giudizio" è la selezione controllata di una risposta<sup>22</sup>; è "intuitivo" quando è prodotto in modo semi-automatico, ed è "ragionato" quando è prodotto attraverso una riflessione, in cui entrano in gioco criteri espliciti, o ragioni – un "ragionamento"<sup>23</sup>.

Secondo l'ipotesi di ricostruzione della psicologia del giudizio normativo qui proposta, l'uso di questa terminologia è appropriato per certi aspetti, fuorviante per altri. È appropriato, perché la struttura del controllo, per come fino ad ora discussa, costituisce lo strato di base delle operazioni implicate dal giudizio normativo e del ruolo funzionale delle rappresentazioni che contano come ragioni. Ma è ingannevole, perché è soltanto lo strato di base. La normatività è, per molti aspetti, un fatto di *grado*. Il controllo è ancora un embrione di normatività, una "proto-normatività". La normatività in un senso più pieno richiede degli strati ulteriori.

Il passaggio da forme embrionali a forme più complete di normatività è reso possibile da alcune capacità tipiche (e forse esclusive) degli esseri umani.

(1) Anzitutto, abbiamo la capacità di costruire rappresentazioni dei processi di controllo in quanto processi *mentali* – dunque, non

<sup>21</sup> È il senso cosiddetto "interno" della nozione di ragione (B. Williams, *Internal and External Reasons*, in Id., *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982).

<sup>22</sup> D. Kahneman, S. Frederick, A model of heuristic judgment. In K.J. Holyoak, R.G. Morrison (a cura di), *The Cambridge handbook of thinking and reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 267-293.

<sup>23</sup> J. Haidt, *The emotional dog and its rational tail. A social intuitionist approach to moral judgment*, in «Psychological Review», 4, 2001, pp. 814-834.

semplicemente rappresentazioni delle azioni in cui i processi di controllo si traducono, ma di alcuni aspetti della sua selezione controllata: rappresentazioni delle ragioni che hanno guidato il processo, e del giudizio che lo ha concluso. Queste rappresentazioni hanno spesso – secondo alcuni sempre – forma linguistica, e possono dunque essere comunicate.

(2) In secondo luogo abbiamo una cruciale capacità “meta-cognitiva”: la capacità di applicare ricorsivamente il controllo, sottoponendo a controllo gli stessi episodi di controllo. Per esempio, possiamo trattenere in memoria un giudizio, e sottoporlo a controllo reiterando il processo (pensate ad una operazione aritmetica: mantenete in memoria il risultato, e lo controllate ripetendo il calcolo). Oppure, possiamo mettere in questione le ragioni che tendiamo ad adottare, e sottoporle a controllo sulla base di altre ragioni. Ancora, possiamo costruire modelli schematici di aspetti del processo di controllo, e usarli sia per guidare un episodio di controllo, ma anche per controllarlo retrospettivamente, verificando se soddisfa o no il modello – pensate, ad esempio, ad uno schema di inferenza logica, o anche a procedure di riflessione non logica come il *role taking* – “prima di prendere decisioni che hanno conseguenze sugli altri, metti nei loro panni”.

La applicazione ricorsiva del controllo è farraginoso da descrivere a parole, ma, almeno nelle sue forme più semplici, è qualcosa che gli esseri umani fanno con facilità – in fondo, è la stessa abilità mostrata da un bambino quando applica ricorsivamente la domanda “perché?”.

(3) Abbiamo, infine, la capacità di *simulare* episodi di controllo. Questa capacità va ben al di là della capacità di riflettere su come agire in uno scenario diverso da quello attuale. Possiamo, infatti, simulare l’adozione di ragioni diverse da quelle che noi adotteremmo, ed esplorare i giudizi a cui ci condurrebbero, in modo da elaborare previsioni su come gli altri giudicherebbero e agirebbero. Possiamo simulare come ragioneremmo e giudicherebbero in assenza di una informazione che invece abbiamo, o in una situazione cognitiva diversa da quella in cui siamo (per esempio, se fossimo depressi, o molto nervosi). E così via.

Queste abilità – insieme ad altri fattori, come un linguaggio condiviso – rendono possibili ulteriori livelli di controllo, che si traducono in ulteriori livelli di correttezza.

Ecco quindi la mia ipotesi. Lo strato di base del giudizio normativo che identifica A come l’azione che è corretto compiere è, come abbiamo visto, la selezione controllata di A (che può essere intuitiva, o basata su ragioni). Discriminare A come azione “corretta” significa dunque, anzitutto, averla selezionata a seguito di un episodio di controllo (più o meno intuitivo

o riflessivo). Ma questo giudizio può, a sua volta, essere oggetto di un controllo di livello ulteriore – anzitutto un controllo *personale*, operato dallo stesso agente. Il controllo di livello superiore può confermare il giudizio. In questo modo, emerge un secondo strato della discriminazione di correttezza, la conferma, o l’aspettativa della conferma, del giudizio in un episodio di controllo di livello superiore.

Inoltre, è possibile che non soltanto l’azione, ma anche il giudizio, sia oggetto di controllo *sociale* da parte di altri membri del gruppo a cui si appartiene, e in particolare che sia oggetto di controllo da parte di membri del gruppo al cui giudizio, in virtù di meccanismi imitativi, o per paura di reazioni negative, tendiamo a conformarci – chiamiamoli “membri salienti”. Qui emergere un terzo strato della discriminazione di correttezza, la conferma, o l’aspettativa di conferma, del giudizio da parte di membri salienti del gruppo – la loro “approvazione”.

Spero sia chiaro, a questo punto, in che senso la discriminazione di correttezza in cui il giudizio normativo consiste può avere strati aggiuntivi oltre alla semplice selezione controllata dell’azione, strati corrispondenti a ulteriori livelli di controllo. Già il primo livello può essere sensatamente chiamato “normativo”, ma è, per così dire, un grado basso di normatività. Un grado più alto si ottiene con l’intervento degli altri due livelli di controllo. Per comodità espressiva, da ora in avanti mi riferirò al primo livello semplicemente come “controllo”, e ai due livelli ulteriori come “controllo normativo”. Ma è solo una comodità espressiva: anche il primo livello, ripeto, istanzia già una forma di normatività, seppure embrionale.

Un discorso del tutto analogo può farsi rispetto alle ragioni che tendiamo ad adottare. Ad un primo livello, una rappresentazione P (un possibile scopo, strategia o valore) è una ragione per un certo agente se egli la adotta, o tende ad adottarla, come parametro di controllo. Ma l’adozione di quella rappresentazione come ragione può essere oggetto di controlli di livello ulteriore, controlli normativi – sia personali che sociali. Se il controllo normativo conferma il suo ruolo di ragione, P apparirà come una ragione corretta, una buona ragione: uno scopo che è corretto perseguire, una strategia che è corretto seguire, una reazione affettiva che è corretto avere.

Prima di concludere, alcune precisazioni.

Il passaggio dal mero controllo al controllo normativo comporta certamente un incremento di complessità, ma a ciò può accompagnarsi un incremento di riflessività davvero minimo. Anche il controllo normativo si può infatti sviluppare in modalità semi-automatiche – al limite, può consistere semplicemente in un *loop*, in cui un pattern di controllo

automatico viene confermato dalla propria stessa riattivazione.

Pensate ancora al caso della distanza conversazionale: il controllo normativo può consistere in una rapida considerazione della possibilità di violare la distanza, immediatamente risolta dalla riattivazione del pattern di controllo che induce a mantenere la distanza, magari insieme ad una rapidissima immagine che anticipa la disapprovazione degli altri.

Inoltre, l'apprendimento può plasmare pattern di controllo normativo, e rafforzarli fino ad automatizzarli: si tratta di forti disposizioni a *confermare* un giudizio, e ad aspettarsi l'approvazione degli altri. E possono ovviamente svilupparsi processi di sintonizzazione sociale dei pattern di controllo normativo, che aggiungono nuovi strati alla struttura di base delle "norme sociali".

Come nel caso del controllo, i pattern di controllo normativo appresi tendono ad orientare lo sviluppo dei successivi episodi di controllo normativo, ma non ne determinano completamente la direzione, che può divergere da quelle più abituali in risposta a stimoli ambientali, e soprattutto stimoli sociali, fra cui, in particolare, dinamiche persuasive – come argomenti addotti da altri, o inaspettati segni di disapprovazione – e meccanismi imitativi. Pensate alla moda: senza avere prestato attenzione al cambio dei nostri gusti, ad un certo punto il taglio dei pantaloni comprati l'anno prima non ci piace più, troviamo inappropriato indossarli, e siamo convinti (in genere a ragione) che anche gli altri lo troverebbero inappropriato.

Infine, il controllo normativo è residuale. In moltissimi casi non si attiva, e resta latente, sotto forma di una disposizione non attualizzata. Pensate all'esempio della strategia da seguire davanti al serpente. L'agente, molto probabilmente, confermerebbe la correttezza di questa strategia, e si aspetterebbe condivisione e approvazione da parte degli altri. Ma, in occasione della decisione, la sua riflessione non prende in considerazione questi aspetti: la strategia è adottata come ragione e seguita, potremmo dire, in modo a-critico, senza mettere in questione la sua correttezza – e cioè, senza avviare un processo di controllo normativo.

Alla luce della struttura stratificata del controllo, l'immagine della regolazione dell'azione umana che avevamo tratteggiato prima va aggiornata: sullo sfondo di un repertorio ricchissimo di comportamenti automatici, continuamente attivi, si accendono e spengono continuamente processi di controllo di diversa intensità e durata, che a volte, e solo a volte, raggiungono livelli pienamente normativi. La loro direzione è in parte determinata dai pattern iscritti nella nostra struttura cognitiva, ma in

parte risponde, a volte in modo nuovo e imprevedibile, alle sollecitazioni dell'ambiente, soprattutto a sollecitazioni sociali.

## *Gli Autori*

MARCO BRIGAGLIA è Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

GAETANO CARLIZZI è Giudice del Tribunale Militare di Napoli, e docente di Teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa (Napoli).

GIOVANNI TUZET è Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Studi Giuridici dell'Università Bocconi (Milano).

SILVIA ZORZETTO è Professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria dell'Università Statale di Milano.



**Dentro il giudizio** è una collana che non parte da assunzioni metodologiche predeterminate, né è vincolata a specifici settori disciplinari, ma che intende rappresentare un luogo di confronto e di approfondimento interdisciplinare e multidisciplinare sulle tematiche del ragionamento giuridico, inteso in un senso convenientemente ampio: dal ragionamento messo in campo dal giudice quando decide una controversia (quando ricostruisce il contenuto di una norma, quando seleziona i fatti di causa rilevanti, quando valuta tali fatti in sede decisoria), alle valutazioni di un organo legislativo o regolatorio, all'impatto delle norme e delle decisioni sui comportamenti e sulle decisioni dei cittadini. I saggi pubblicati in questo primo volume della collana offrono una rappresentazione efficace e immediata dell'approccio e degli intendimenti che la ispirano: partendo da presupposti metodologici e teorici differenti tra loro, gli autori si misurano con temi centrali della teoria del ragionamento giuridico quali la ragionevolezza, l'analogia, il ragionamento probatorio, la psicologia del giudizio normativo. Al rigore delle loro analisi gli autori accompagnano anche illuminanti riferimenti alle implicazioni pratiche e applicative dei temi da loro trattati.

**Antonio Carratta**

è Professore di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

**Mario De Caro**

è Professore di Filosofia morale presso il Dipartimento di Filosofia, Comunicazione e Spettacolo dell'Università Roma Tre.

**Giorgio Pino**

è Professore di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.