

Ragionamento giuridico e norme opache

Damiano Canale*

(versione provvisoria)

1. Introduzione

Molto di quanto conosciamo dipende da ciò che ci riferiscono gli altri. Grazie ai reportage giornalistici, ad esempio, conosciamo gli ultimi sviluppi della guerra in Ucraina; grazie al racconto degli storici conosciamo in quale giorno affondò il Titanic; grazie alle indicazioni degli scienziati giungiamo a conoscere che il molibdeno è un catalizzatore dello zolfo. Il ruolo per certi versi ovvio che svolgono le testimonianze altrui nella costruzione del nostro bagaglio di conoscenze ha suscitato in anni recenti un fitto dibattito in epistemologia. Secondo alcuni, la conoscenza ha un carattere eminentemente sociale, al punto da non poter essere attribuita a un singolo individuo ma a un'intera comunità¹. Spesso le ragioni che giustificano le nostre credenze si estendono al di là dell'affidabilità dei nostri processi cognitivi e delle fonti di informazione di cui ci serviamo, arrivando ad includere le ragioni adottate da queste stesse fonti². Nella costruzione sociale della conoscenza un ruolo cruciale è affidato in tal senso agli esperti, dai quali dipende la trasmissione del sapere. Accade così che le ragioni che giustificano le credenze degli esperti si sostituiscano spesso alle nostre, sebbene tali ragioni restino per noi, nella maggior parte dei casi, oscure o inaccessibili.

Ciò vale non solo nell'esperienza quotidiana ma anche nella prassi giurisprudenziale. La testimonianza degli esperti in campo genetico, epidemiologico, alimentare, informatico, economico-finanziario, ingegneristico, ecc. assume oggi un peso determinante in ambito giudiziale, sollevando problemi e perplessità che sono da tempo oggetto di attenzione da parte degli studiosi del ragionamento probatorio. Tali problemi investono i criteri di selezione degli esperti, la loro credibilità e indipendenza, come pure l'affidabilità e la rilevanza per il diritto dei modelli scientifico-sperimentali che giustificano i loro pareri. Tali modelli conducono infatti a formulare leggi scientifiche spesso dotate di una limitata capacità esplicativa rispetto alle fattispecie singolari sottoposte all'attenzione del giudice. Si tratta inoltre di modelli talora in conflitto tra loro; situazione, questa, che se appare fisiologica nell'ambito del dibattito

* Università Bocconi – Milano; e-mail: damiano.canale@unibocconi.it

¹ Cfr. F. Schmitt, *Socializing Epistemology*, Rowman and Littlefield, Maryland 1994; M. Kutsch, *Knowledge By Agreement: The Programme of Communitarian Epistemology*, Oxford University Press, Oxford 2002; M. Welbourne, *The Community of Knowledge*, Aberdeen University Press, Aberdeen 2006. Si vedano inoltre i saggi contenuti in A. Haddock, A. Millar, D. Pritchard (eds.), *Social Epistemology*, Oxford University Press, Oxford 2010.

² Vedi T. Burge, “Content Preservation”, *Philosophical Review* 102 (1993), pp. 457-488; R. Brandom, “Knowledge and the Social Articulation of the Space of Reasons”, *Philosophy & Phenomenological Research* 55 (1995), pp. 895-908; P. Faulkner, “The Social Character of Testimonial Knowledge”, *Journal of Philosophy* 97 (2000), pp. 581-601; F. Schmitt, “Testimonial Justification and Transindividual Reasons”, in J. Lackey, E. Sosa (eds.), *The Epistemology of Testimony*, Oxford University Press, Oxford 2006, pp. 193-224.

scientifico, costringe il giudice in sede decisionale a operare delle scelte con riguardo alla “miglior scienza” che esulano dalle sue competenze professionali³.

Non è tuttavia alla discussione di questi problemi che sono dedicate le pagine che seguono. La tesi che tenterò di sostenere in questo saggio è che il ruolo riconosciuto agli esperti in ambito giudiziale solleva problemi di più ampia portata rispetto a quelli appena richiamati, problemi che investono non solo l'accertamento dei presupposti fattuali dell'applicazione delle norme ma anche l'interpretazione dei testi normativi e la giustificazione in diritto della sentenza. Più precisamente, sosterrò che il ruolo oggi attribuito alla testimonianza degli esperti in sede processuale genera un peculiare problema interpretativo che chiamerò “opacità delle norme”. Si tratta di un problema strettamente connesso ai mutamenti che gli sviluppi scientifici e tecnologici contemporanei stanno producendo nel linguaggio delle fonti e nel ragionamento giudiziale; questi mutamenti consigliano al teorico del diritto di affinare i propri strumenti di analisi, al fine di rendere gli operatori giuridici maggiormente consapevoli delle loro scelte e dei problemi che esse sollevano.

2. Il giudice nella stanza degli esperti

Per spiegare cosa intendo per norma opaca, e dunque in cosa consista il problema dell'opacità delle norme, ricorrerò a un esperimento mentale⁴. Immaginiamo un linguaggio tecnico che la maggior parte di noi non comprende. Nel mio caso, non comprendo il linguaggio della chimica: ai miei occhi i termini e i simboli chimici sono scarabocchi privi di senso. Immaginiamo, inoltre, di essere un giudice al quale è affidata la decisione di un caso relativo alla commercializzazione di un prodotto chimico. Chiameremo questo prodotto “Peridile”. Nel nostro esperimento mentale, non sappiamo nulla del Peridile. Non abbiamo alcuna idea in merito alla sua composizione, ai processi industriali necessari per produrlo, allo scopo per il quale è stato ideato, agli effetti che il suo uso produce sulla salute o sull'ambiente, e via dicendo. Supponiamo a questo punto di essere chiusi in camera di consiglio per decidere il caso e di essere muniti, a questo scopo, di un testo normativo. Alcune espressioni all'interno del testo contengono simboli chimici identificabili sulla base della loro forma e non del loro contenuto, che ci è del tutto sconosciuto. Il testo contiene enunciati prescrittivi del tipo “XYZ è vietato” e “ABC è permesso”. Immaginiamo ora che delle persone all'esterno della camera di consiglio che riteniamo autorevoli perché comprendono il linguaggio della chimica – li

³ Per una quadro ragionato dei problemi associati alla testimonianza degli esperti in sede giudiziale vedi G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino 2014, cap. 14. Si vedano inoltre R. Eggleston, *Evidence, Proof and Probability*, Weidenfeld & Nicolson, London 1983, pp. 124 ss.; C.A.J. Coady, *Testimony. A Philosophical Study*, Clarendon Press, Oxford 1992, cap. 16; A. Goldman, “Experts: Which Ones Should You Trust?”, *Philosophy & Phenomenological Research* 63 (2001), pp. 85-110; S. Haack, “An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner”, *Journal of Health Politics, Policy and Law* 26 (2001), pp. 217-247; T. Hodgkinson, M. James, *Expert Evidence: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London 2010.

⁴ L'esperimento mentale proposto in questo saggio trae spunto da un celebre argomento sviluppato da John Searle negli anni '80 del secolo scorso (l'argomento della stanza cinese), originariamente concepito come un contributo critico nel campo della filosofia della mente e dello studio dell'intelligenza artificiale. La tesi ad esso sottesa è che i computer non possono pensare e che la mente umana non funziona come un programma informatico. Vedi J. Searle, “Minds, Brains, and Programs”, *The Behavioral and Brain Sciences* 3 (1980), pp. 417-457; Id., “Is the Brain's Mind a Computer Program?”, *Scientific American* (January), 1990, pp. 26-31. L'argomento della stanza cinese si è rilevato illuminante con riguardo ad altre questioni filosofiche apparentemente irrelate. Ad esempio, Frank Jackson ha elaborato una celebre versione di questo esperimento mentale (l'argomento della stanza di Mary) che si propone di mostrare, contro il fisicalismo in epistemologia, che la conoscenza ha ad oggetto aspetti fenomenologici dell'esperienza non riducibili a dati della fisica. Cfr. F. Jackson, “What Mary Didn't Know”, *The Journal of Philosophy* 83 (1986), pp. 291-295.

chiameremo “esperti” – introducano nella stanza un foglio di carta sul quale sta scritto “il Pertile è XYZ”. Grazie al parere tecnico fornitoci dagli esperti, possiamo dunque decidere il caso mediante un semplice sillogismo: “poiché XYZ è vietato, e il Peridile è XYZ, allora il Peridile è vietato”.

Occorre notare, tuttavia, che il caso è stato deciso sebbene una porzione rilevante del senso del testo normativo e della norma applicata ci sia del tutto sconosciuto⁵. Siamo ovviamente in grado di padroneggiare la grammatica e la sintassi della lingua usata dal legislatore; comprendiamo inoltre gli elementi non referenziali della disposizione e della norma applicata (“vietato _”) che esplicitano la funzione pragmatica di questi enunciati. Ma non abbiamo alcuna idea in merito a XYZ, ABC e alle caratteristiche del Peridile, vale a dire riguardo all’oggetto della disciplina. Non comprendiamo cioè il senso del predicato che svolge una funzione referenziale all’interno degli enunciati normativi utilizzati per decidere il caso. Ci siamo infatti limitati a copiare alcuni misteriosi simboli chimici presenti nella disposizione all’interno della motivazione della sentenza sulla base del parere fornito dagli esperti, fissando così il riferimento dei simboli formulati dal legislatore come se essi fossero nomi propri o designatori rigidi⁶. Ma né il senso della disposizione né quello della norma applicata sono per noi pienamente intelligibili. Abbiamo deciso il caso meccanicamente, al modo di automi, convertendo inconsapevolmente l’ideale settecentesco del “giudice bocca della legge” nel più attuale “giudice bocca degli esperti”.

La morale della nostra storia è la seguente: l’atto di fissare il riferimento di un termine o di una espressione linguistica che non comprendiamo, avvalendoci delle informazioni fornite dagli esperti, non è sufficiente per garantire la nostra comprensione degli enunciati in cui tali termini o espressioni ricorrono né per consentirci la loro interpretazione. Non possiamo infatti sensatamente sostenere di aver interpretato un testo normativo se tanto il punto di partenza di questa attività (la disposizione) quanto il suo punto di arrivo (la norma) non sono per noi pienamente intelligibili. Chiamerò questo fenomeno linguistico “opacità delle norme”. Nella prospettiva che difenderò in questo saggio, una norma giuridica è opaca se il giudice non è in grado di comprenderne pienamente il senso e non di meno la usa, avvalendosi delle indicazioni fornite dagli esperti, per risolvere una controversia.

Vale la pena sottolineare come nell’esperimento mentale appena proposto il predicato “XYZ” abbia un senso noto agli esperti situati fuori dalla camera di consiglio ma questi ultimi non ascrivono alcun senso a tale termine dal punto di vista giuridico. L’ascrizione autoritativa di senso è effettuata dal giudice in sede decisionale. Alla stesso tempo, il giudice usa il predicato “XYZ” per sussumere il caso entro la norma ma non è in grado di attribuire ad esso alcun senso: questi simboli sono per lui dei semplici scarabocchi. L’opacità delle norme è dunque un fenomeno bilaterale. Nei casi in cui si manifesta, essa affligge in primo luogo il giudice, il quale non comprende pienamente né la disposizione normativa né la norma applicata in giudizio, con effetti potenzialmente perniciosi per l’ordinamento e per i destinatari ultimi della sua decisione, come avremo modo di osservare. L’opacità delle norme affligge tuttavia anche gli esperti al di fuori della camera di consiglio. Essi infatti non sono in grado di prevedere e valutare le conseguenze che l’uso in sede decisionale delle informazioni fornite al giudice può provocare all’interno del sistema giuridico e del contesto sociale. La separazione del lavoro linguistico tra questi soggetti genera, in altri termini, la loro reciproca

⁵ Come avrò modo di precisare più avanti, al paragrafo 4., per senso di un termine o di una espressione linguistica intendo in questo saggio il suo contenuto inferenziale, vale a dire l’insieme di inferenze nelle quali tale termine o espressione è coinvolto negli usi di un linguaggio.

⁶ Secondo Saul Kripke, i nomi propri sono designatori rigidi: essi si riferiscono al medesimo individuo in tutti i mondi possibili nei quali l’individuo esiste e il loro riferimento non dipende dalle descrizioni che associamo a tale individuo: vedi S. Kripke, *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1980, cap. 1.

cecità con riguardo ai diversi campi semantici e pragmatici all'interno dei quali un medesimo termine o espressione opera nell'uso del linguaggio.

Ora, si potrebbe qui obiettare che l'argomento della stanza degli esperti delinea una situazione fittizia che non trova alcun riscontro nella prassi giuridica. Sebbene i pareri degli esperti siano spesso determinati in sede giudiziale, come pure in molte fasi del processo di elaborazione dei testi normativi, nessun giudice si trova concretamente ad operare in un contesto atipico come quello ipotizzato nel nostro esperimento mentale. Il dialogo tra il giudice e gli esperti è assai più articolato e ha un carattere cooperativo: esso è teso a garantire il successo della comunicazione linguistica e, dunque, una effettiva trasmissione di conoscenze. Così come ogni esperimento mentale, tuttavia, l'argomento della stanza degli esperti non si propone di rappresentare fedelmente una situazione reale ma di mettere in luce alcuni aspetti della realtà sui quali di solito non poniamo sufficiente attenzione.

La tesi che intendo sostenere in questo saggio è infatti che l'opacità delle norme sia un fenomeno che affligge in misura pervasiva l'attività giurisdizionale anche se non ne siamo consapevoli. Due esempi tratti dalla giurisprudenza possono essere d'aiuto per chiarire il modo in cui si manifesta l'opacità delle norme nella prassi giuridica concreta e per offrire una caratterizzazione più precisa del fenomeno di cui ci stiamo occupando.

2.1. *Stalcup v. Peabody Coal Co.*

Donald D. Stalcup lavorò come minatore presso la *Peabody Coal Company* per un periodo di circa 30 anni. Nel 1997 gli fu diagnosticata una grave forma di antracosi, una malattia cronica dei polmoni causata dall'esposizione alle polveri di carbone. Donald Stalcup presentò dunque istanza di indennizzo sulla base dell'art. 921(a)(1) del *Black Lung Benefit Act*, il quale prescriveva che

in caso di disabilità totale del minatore causata da antracosi, il minatore deve essere indennizzato durante il periodo di disabilità per un ammontare pari al 37,5 % del salario mensile previsto dal contratto di lavoro.

Il giudice amministrativo inizialmente riconobbe a Stalcup il diritto all'indennizzo, ma in appello il *Benefit Review Board* (BRB) annullò con rinvio la decisione poiché il giudice aveva "valutato in modo erroneo le prove rilevanti"⁷. Il BRB ordinò al giudice di considerare più attentamente se Donald Stalcup aveva realmente contratto l'antracosi ovvero se la sua disabilità fosse riconducibile ad altre patologie. Il giudice si avvalse a tale scopo di una commissione di esperti chiamata a valutare la situazione clinica del malato. Tre dei cinque membri della commissione affermarono che Donald Stalcup non era affetto da antracosi, mentre i restanti membri formularono una diagnosi opposta sulla base di una diversa eziologia dei sintomi manifestati dal paziente, in conflitto con quella adottata dagli altri medici e ugualmente fondata nella letteratura scientifica. In forza della maggioranza formatasi all'interno del collegio degli esperti, il giudice negò l'indennizzo a Stalcup poiché questi non aveva provato di aver contratto l'antracosi. Dal punto di vista del ragionamento effettuato dal giudice, quale fu il ruolo degli esperti nella soluzione del caso?

La nozione di opacità delle norme può essere utile per rispondere a questo quesito. Il termine "antracosi" che ricorre nel *Black Lung Act* era opaco agli occhi giudice: egli non

⁷ *Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 477 F.3d 482 (7th Cir. 2007), p. 484. Fattispecie che pongono problemi analoghi a quelli qui considerati sono giunte della giurisprudenza e della dottrina italiana, oltre che a quella dell'opinione pubblica, con riguardo alle patologie derivanti dall'esposizione all'amianto: vedi L. Montuschi e R. Insolera (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, Bologna 2006; R. Bartoli, "La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori di amianto. Un'indagine giurisprudenziale", in www.penalecontemporaneo.it, documento inserito il 25 gennaio 2011.

conosceva il senso di questo termine e ricorse agli esperti *tanto* per determinare le sue condizioni di applicazione *quanto* per accertare se la patologia manifestata da *Stalcup* soddisfaceva tali condizioni in base alle evidenze disponibili. La parola “antracosi” è infatti un termine tecnico appartenente al linguaggio settoriale della medicina patologica, un termine introdotto dal legislatore nel linguaggio delle fonti ma il cui senso tecnico sfuggiva al giudice. In aggiunta, la commissione degli esperti formulò due pareri contrastanti in merito alle condizioni di applicazione del termine “antracosi”, motivata dal fatto che la comunità scientifica era divisa con riguardo alla spiegazione scientifica di questa patologia. Poiché il giudice non era dotato di competenze tecniche in materia, la sua decisione avvenne alla cieca, sulla base del mero conteggio dei voti all’interno del collegio degli esperti. Così come il giudice fittizio del nostro esperimento mentale, in *Stalcup* la Corte si avvalse soltanto di un parere tecnico, inintelligibile al giudice, per individuare la norma e applicarla al caso. Così facendo, il giudice si astenne dal determinare se la disposizione utilizzata per risolvere la controversia fosse ambigua, generale, generica, se il suo contenuto fosse vago, se la norma ammettesse eccezioni implicite, come pure se essa fosse compatibile con le norme di rango superiore appartenenti all’ordinamento. Il giudice si limitò a far propria l’opinione della maggioranza degli esperti per determinare il senso della disposizione giuridica, senza essere in grado di comprendere e di articolare le ragioni mediche che lo giustificavano. Così facendo, il giudice rinunciò a comprendere e a interpretare l’art. 11 del *Black Lunge Act*, delegando di fatto l’esercizio del proprio potere/dovere di decidere il caso a un collegio di esperti, il quale determinò il senso della norma non sulla base di conoscenze scientifiche condivise e consolidate ma mediante un voto di maggioranza. Divennero in tal modo rilevanti ai fini della decisione i criteri di scelta degli esperti e la loro effettiva rappresentatività rispetto alle spiegazioni alternative della malattia accreditate nella letteratura scientifica. A ciò va aggiunto che il criterio adottato per fissare il senso della norma divenne quantitativo e non qualitativo: il dibattito scientifico intorno alle caratteristiche dell’antracosi venne irreggimentato all’interno del principio di maggioranza e dunque spogliato della sua specificità⁸.

2.2. *Upjohn v. The Licensing Authority*

In base all’art 11 della Direttiva comunitaria 65/65, le autorità competenti degli Stati membri dell’Unione Europea sono tenute a sospendere o revocare l’autorizzazione al commercio di una specialità medicinale

allorché risulti che la specialità medicinale è nociva nelle normali condizioni d'impiego, allorché manchi l'effetto terapeutico, o allorché la specialità non abbia la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata⁹.

Nel luglio del 1991, la *Medicine Control Agency* (MCA) del Regno Unito apprese da un quotidiano che una donna aveva assassinato la madre sotto l’effetto del *Trizolam*, un

⁸ Contro questa decisione, la Corte d’Appello del Settimo Circuito richiamò la propria giurisprudenza nel caso *McCandless*, ricordando che “una disputa scientifica deve essere risolta sulla base di considerazioni scientifiche”. Al giudice spetta cioè “esibire delle ragioni scientifiche per preferire il parere di un esperto a quello di un altro esperto” (*Peabody Coal Co. V. McCandless*, 255 F.3d 465 (7th Cir. 2001), p. 468-469). Vedi anche *Livemore v. Amax Coal Co.*, 297 F.3d 668 (7th Cir. 2002), p. 672. Sulla base di questi precedenti, la Corte concluse che in casi come questi il giudice non può limitarsi “a contare meccanicamente i voti degli esperti”, poiché ciò “fa prevalere un approccio quantitativo rispetto a un approccio qualitativo (...), costringendo le parti a competere per assumere gli esperti che assicurino loro la vittoria” (*Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 477 F.3d 482 (7th Cir. 2007), § 4).

⁹ Direttiva 65/65, art. 11, nella versione risultata dalla Direttiva 83/570/EEC del 26 ottobre 1983, che emendava le Direttive 65/65/EEC, 75/318/EEC e 75/319/EEC (OJ 1983 L 332, p. 1).

medicinale utilizzato per il trattamento dell'insonnia prodotto dalla *Upjohn Ltd.* Sulla base del parere tecnico formulato dal *Committee for the Safety of Medicine*, l'MCA decise di sospendere l'autorizzazione al commercio del Trizolam poiché questo medicinale era nocivo per la salute. La sospensione venne rinnovata fino al 9 giugno 1993, data in cui l'autorizzazione venne definitivamente revocata, a dispetto del fatto che l'*European Committee for Proprietary Medicinal Products* e altre commissioni tecniche *ad hoc* chiamate ad esprimere un parere sulla vicenda avessero sostenuto che i benefici per la salute del Trizolam fossero maggiori dei rischi derivanti dal suo uso¹⁰. L'azienda produttrice si rivolse all'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito chiedendo l'annullamento della decisione dell'MCA. Posta di fronte all'esigenza di stabilire la sua competenza a vagliare, sotto il profilo giurisdizionale, il provvedimento dell'MCA, l'Alta Corte si rivolse in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiedendo un chiarimento in merito all'interpretazione della direttiva in oggetto e al modo in cui le Corti degli Stati membri dovevano comportarsi in casi come questi. Nel rispondere a questi quesiti, la Corte di Giustizia Europea affermò, tra le altre cose, che consentire “ai giudici nazionali competenti di *sostituire la loro valutazione degli elementi di fatto*, in particolare dei mezzi di prova scientifica su cui è basata la decisione di revoca, a quella delle autorità nazionali competenti” non è un modo adeguato per garantire i diritti protetti dall'ordinamento comunitario¹¹. La Corte aggiunge che “un'autorità comunitaria, allorché è chiamata, nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale (...), il quale non implica che il giudice comunitario *sostituisca la sua valutazione degli elementi di fatto a quella della detta autorità*. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare *l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche* che questa autorità ne ha desunto”¹². Sulla base di queste considerazioni, la Corte concluse che il diritto comunitario non richiede agli Stati membri di stabilire uno standard per il controllo giurisdizionale delle decisioni riguardanti le licenze per il commercio delle specialità mediche, precisando, in questo modo, l'estensione e i limiti del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa.

A prescindere dalla conclusione a cui giunse la Corte, è interessante concentrare l'attenzione sulle ragioni esibite dai giudici per giustificarla. La Corte considerò le condizioni di commercializzazione del Trizolam, fissate dall'art. 11 della Direttiva 65/65, come una questione di tipo meramente probatorio, non come un problema che richiedeva un intervento interpretativo da parte del giudice di fronte al quale la decisione dell'autorità amministrativa era stata impugnata. Che il Trizolam fosse nocivo costituiva una mera questione di fatto, accertabile sulla base del parere tecnico delle autorità amministrative competenti, alle quali né giudice nazionale né il giudice comunitario possono in alcun caso sostituirsi.

L'argomento della stanza degli esperti suggerisce tuttavia una ricostruzione assai diversa. Le condizioni alle quali una specialità medicinale è nociva dipendono dal senso che attribuiamo al termine “nocivo”. Ma in ottemperanza al parere pregiudiziale della Corte di Giustizia Europea, l'Alta Corte del Regno Unito decise di attribuire al predicato “nocivo” non il senso desunto dalle regole d'uso del linguaggio ordinario, che i giudici erano in grado di padroneggiare, ma un senso tecnico, stabilito dagli esperti dell'MCA sulla base di conoscenze

¹⁰ Il *Committee for Proprietary Medicinal Products* fu istituito dagli altri Stati membri dell'Unione nei quali il Trizolam era stato commercializzato, e ciò in applicazione dell'art. 11 della Direttiva 75/319 così come modificata dalla Direttiva 85/570.

¹¹ Case C-120/97 *Upjohn Ltd. v. The Licensing Authority and others* [1999] 1 WLR 927, I-251, § 33.

¹² *Ibid.*, § 34, corsivo mio. Più recentemente, la Corte ha precisato che il controllo giurisdizionale dei provvedimenti che richiedono valutazioni tecniche complesse “si limita, dal punto di vista del merito, alla verifica dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti e dell'esattezza delle conseguenze giuridiche che se ne traggono” (Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission* [2006] ECR II 2969, § 241).

scientifiche che la Corte non possedeva né era autorizzata a valutare. In questo senso, l'art. 11 della Direttiva 65/65 divenne opaco per il giudice nazionale per effetto del parere pregiudiziale della Corte di Giustizia Europea: il senso di questa disposizione venne fatto dipendere da competenze tecniche sottratte alla considerazione e alla valutazione del giudice nazionale. Dal punto di vista logico, infatti, in *Upjohn* gli esperti dall'MCA *prima* determinarono le condizioni di applicazione del termine “nocivo” e *poi* accertarono, sulla base delle prove disponibili, se tali condizioni erano soddisfatte dal Trizolam.

Se la ricostruzione appena proposta coglie nel segno, la tesi della Corte di Giustizia Europea secondo cui le condizioni di autorizzazione al commercio di un medicinale costituiscono un questione meramente probatoria, appare erronea. Determinare tali condizioni è una questione interpretativa che viene aggirata opacizzando autoritativamente la norma e attribuendo il potere di determinare il senso dell'art.11 della Direttiva 65/65 ad un organismo tecnico extra-giudiziale. Infatti, le condizioni di autorizzazione al commercio del Trizolam corrispondono alle condizioni di applicazione del termine “nocivo”, ovvero al senso ad esso attribuito dagli esperti sulla base delle loro conoscenze scientifiche. Come nel caso precedente, in questo modo venne sottratta al giudice la possibilità di determinare se il testo normativo e la norma utilizzata per risolvere la controversia fossero ambigui, vaghi, generici, defettibili, ecc. La decisione del giudice venne presa alla cieca, rischiando di pregiudicare l'effettiva protezione giuridica dei diritti coinvolti e delegando di fatto un organismo amministrativo composto da esperti l'esercizio del potere di interpretare i testi normativi.

3. Perché l'opacità delle norme è un problema interpretativo?

L'argomento della stanza degli esperti e l'analisi dei due casi appena proposta può forse suscitare nel lettore numerose perplessità.

In primo luogo, si potrebbe sostenere che l'opacità delle norme e, più in generale, le testimonianze degli esperti in sede giudiziale, non diano luogo a genuini problemi interpretativi. I problemi fin qui considerati attengono al procedimento di accertamento dei fatti e dunque al ragionamento probatorio. In *Upjohn* la Corte si trovò semplicemente a dover determinare se il Trizolam fosse un medicinale nocivo, vale a dire il valore di verità dell'asserto “il Trizolam è nocivo”. In *Stalcup*, allo stesso modo, alla Corte fu chiesto di accertare se Donald Stalcup avesse o meno contratto l'antracosi, vale a dire il valore di verità dell'asserto “Donald Stalcup è affetto da antracosi”. In entrambi i casi, la Corte non si trovò cioè nella situazione di determinare il senso di una disposizione normativa quanto piuttosto in quella di accertare un fatto sulla base delle prove disponibili. A ben vedere, tuttavia, gli esperti svolsero una funzione assai più rilevante e pervasiva: in *Stalcup* e *Upjohn* la testimonianza degli esperti venne usata *sia* per determinare la verità di asserti fattuali in sede probatoria *sia* per determinare il senso delle disposizioni normative in sede di ragionamento interpretativo. L'opinione degli esperti venne infatti usata dalle corti per determinare le condizioni di applicazione dei termini che fissano il riferimento della norma applicata. Pertanto, gli esperti svolsero inconsapevolmente un lavoro interpretativo strettamente correlato all'accertamento dei fatti e logicamente antecedente ad esso.

Una seconda obiezione alle tesi fin qui sostenute potrebbe essere la seguente: il giudice nella stanza degli esperti ha semplicemente attribuito alla disposizione normativa il suo senso tecnico-letterale¹³. Se per semplicità assumiamo che il senso letterale di un termine

¹³ Sulla nozione di senso letterale, nelle sue diverse accezioni d'uso nel ragionamento giuridico, vedi R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 269 ss.; sul dibattito tra letteralismo e anti-letteralismo nella filosofia del diritto contemporanea, vedi B. Pastore, “Identità del testo, interpretazione letterale

o di una espressione linguistica è determinato dalle convenzioni linguistiche che governano l'uso di tale termine o espressione in un contesto determinato, gli esperti si limitano ad applicare le convenzioni linguistiche del loro linguaggio settoriale. Se consideriamo tuttavia il nostro esperimento mentale con attenzione, è facile notare come il giudice nella stanza degli esperti non attribuisca, sotto il profilo cognitivo, alcun senso alla disposizione normativa che applica. Egli si limita a fissarne autoritativamente il riferimento sulla base del parere degli esperti. Pertanto l'opacità delle norme non va confusa con l'interpretazione tecnico-letterale: il senso di una disposizione normativa non può essere considerato corrispondere alla lettera del testo, così come i giuristi sono soliti dire, qualora esso non sia comprensibile da parte di chi usa la norma per decidere una controversia. L'interpretazione letterale esige non solo che l'interprete applichi un set appropriato di regole d'uso del linguaggio ma anche che egli sia in grado padroneggiare tali regole sulla base della conoscenza che egli ha di esse; esigenza, questa, che rimane frustrata quando una norma è opaca.

In terzo luogo, si potrebbe sostenere che l'opacità delle norme costituisce, in realtà, un problema di vaghezza pragmatica e dunque di indeterminatezza contestuale: il giudice non è in grado di determinare il senso di un termine e di fissarne autonomamente il riferimento in assenza di informazioni ulteriori¹⁴. Se così stanno le cose, l'opacità non costituisce un problema interpretativo a sé stante ma è riconducibile a fenomeni linguistici diversi. A ciò si può tuttavia replicare che l'estensione di un termine opaco è solitamente determinata: nella maggior parte dei casi, il senso delle norme opache è sufficientemente preciso da escludere casi borderline. Inoltre, il senso tecnico di una norma opaca non è né determinato né indeterminato per il giudice, dal momento che questi non lo comprende affatto. Ne segue che l'opacità non può essere ricondotta alla vaghezza¹⁵, sebbene una norma opaca possa rivelarsi vaga qualora il suo senso diventi trasparente.

La discussione di queste obiezioni consente di chiarire sotto quale profilo l'opacità delle norme giuridiche costituisca una problema interpretativo, e quali questioni tale problema sollevi nel contesto del ragionamento giuridico. Nella letteratura teorico-giuridica contemporanea i problemi interpretativi, ovverosia i problemi la cui soluzione richiede il ricorso all'interpretazione, sono solitamente descritti come problemi di indeterminatezza¹⁶.

e contestualismo nella prospettiva ermeneutica”, in V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 137 ss.

¹⁴ Vedi su questo punto G. Tuzet, “Pragmatica dell'indeterminato”, *Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur. Nuova serie* 20 (2006), pp. 159-190, il quale discute la posizione di C.S. Peirce sul tema. Secondo Ron Allen, nell'accertamento di fatti complessi, la cui spiegazione coinvolge competenze tecnico-scientifiche, il giudice non è affetto da deficit cognitivi ma da deficit informativi, al punto che anche i casi più difficili potrebbero essere decisi da chiunque, una volta acquisite le informazioni necessarie: vedi R.J. Allen, “Expertise and the *Daubert* Decision”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 84 (1994), pp. 1157-1175.

¹⁵ Si potrebbe tuttavia sostenere che l'opacità è riconducibile alla vaghezza qualora si adotti una spiegazione epistemica di quest'ultima. In base alla teoria epistemica, il senso dei termini vaghi è perfettamente determinato ma inconoscibile poiché siamo privi delle risorse cognitive per determinare quale esso sia nei casi borderline: cfr. T. Williamson, *Vagueness*, Routledge, London-New York 1994. I termini opachi non sono tuttavia epistemicamente vaghi: il loro senso non è conoscibile dal giudice ma è perfettamente accessibile agli esperti, che forniscono al giudice informazioni sufficienti per fissare il riferimento. Sulla teoria epistemica della vaghezza si veda R. Sorensen, *Vagueness and Contradiction*, Clarendon Press, Oxford 2004.

¹⁶ Timothy Endicott ha recentemente sostenuto che non tutti i problemi interpretativi sono dovuti all'indeterminatezza del linguaggio. L'interpretazione giuridica si rende necessaria, secondo Endicott, “quando il significato dei testi normativi può diventare controverso”, vale a dire quando possono sorgere disaccordi circa il contenuto da attribuire al testo sostenuti da ragioni giuridiche, indipendentemente dal fatto che il testo (o il suo contenuto) sia vago. Cfr. T. Endicott, “Legal Interpretation”, in A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to the Philosophy of Law*, Routledge, New York 2012, p. 112. La tesi di Endicott appare condivisibile ma non sembra apportare alcuna novità di rilievo nel campo della teoria dell'interpretazione giuridica. La possibilità di disaccordi sostenuti da ragioni sembra semplicemente configurare un ulteriore tipo di indeterminatezza del diritto, sotto molti profili riconducibile al fenomeno dell'ambiguità.

Ciascun tipo di indeterminatezza – ambiguità, generalità, genericità, vaghezza, defettibilità – si lega ad aspetti diversi del ragionamento giuridico e ammette soluzioni distinte. L’ambiguità consiste nell’assenza di un senso univoco attribuibile ai testi normativi: essa caratterizza le disposizioni normative che sono suscettibili di esprimere più norme¹⁷. La generalità insorge invece quando il senso di una disposizione normativa è insufficiente per fissarne il riferimento. Questo problema non affligge le disposizioni normative quanto piuttosto la classe di casi disciplinati. Se una disposizione regola una classe di casi molto generale può risultare controverso se quest’ultima includa o meno tutte le sue sotto-classi¹⁸. Una disposizione normativa risulta generica quando il suo senso non è specifico, ovvero sia quando essa disciplina indistintamente una pluralità di situazioni diverse tra loro¹⁹. La vaghezza rappresenta invece un problema di deficienza del contenuto: talvolta i contenuti dei testi normativi sono imprecisi, al punto da sollevare dubbi circa la loro applicazione nei casi *borderline*. Quando ciò accade, per applicare la norma al caso occorre ridurne l’imprecisione in misura sufficiente a determinare se il caso rientra nel suo campo di applicazione oppure no. Infine, la defettibilità consiste nella sospensione dell’applicabilità di una norma. In senso stretto, questo tipo di indeterminatezza non affligge i testi normativi né il senso loro attribuito. Essa concerne piuttosto le condizioni alle quali una norma deve esser applicata a un caso concreto: se tali condizioni ammettono eccezioni implicite, allora la norma è defettibile²⁰. In tutti i casi di indeterminatezza appena richiamati, l’interpretazione entra inevitabilmente in gioco, consentendo al giudice di determinare la soluzione della controversia.

Ora, in base all’analisi fin qui condotta dovrebbe risultare sufficientemente chiaro che l’opacità – a differenza di ambiguità, generalità, genericità, vaghezza e defettibilità – non è descrivibile come un problema di indeterminatezza del linguaggio giuridico o del diritto. Tornando al nostro esperimento mentale, può darsi il caso che la disposizione normativa utilizzata per decidere il caso del Peridile sia univoca, che il suo contenuto sia sufficientemente ricco, dettagliato e preciso, e che essa non ammetta eccezioni implicite. Anche se ciò accade, la norma utilizzata dal giudice rimane opaca. Tipicamente, l’opacità si manifesta infatti quando il riferimento di una norma è chiaro in virtù del parere degli esperti, ma il suo senso è oscuro per chi la usa a fini decisionali. Ne segue che i problemi di indeterminatezza sono irrilevanti nel nostro contesto di discussione.

L’opacità costituisce un problema interpretativo per una ragione del tutto diversa: essa impedisce infatti che una disposizione normativa venga interpretata nei casi in cui ciò dovrebbe accadere. Il giudice è posto infatti in una situazione di “inferiorità cognitiva” per effetto “[dell’]esoterica complessità dei linguaggi tecnico-scientifici”²¹. Questo problema ostacola l’esecuzione di una serie di attività intellettuali, di ragionamenti e di scelte pratiche normalmente svolte dal giudice, di fatto trasferendo la loro esecuzione a soggetti o organismi tecnici extra-giuridici.

Più precisamente, il giudice nella stanza degli esperti non può:

¹⁷ Vedi R. Guastini, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 351-355; L.M. Solan, “Vagueness and Ambiguity in Legal Interpretation”, in V. K. Bhatia (ed.), *Vagueness in Normative Texts*, Lang, Bern 2005, pp. 73-96; Cfr. tuttavia B.S. Gillon, “Ambiguity, Generality, and Indeterminacy: Tests and Definitions”, *Syntese* 95 (1990), pp. 391-416, il quale nega che l’ambiguità sia una forma di indeterminatezza.

¹⁸ Cfr. T.A.O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 9 ss.; J. Waldron, “Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues”, *California Law Review* 82 (1994), pp. 509-540 ff.

¹⁹ Sulla distinzione tra generalità e genericità delle espressioni linguistiche vedi C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 48-50.

²⁰ J.C. Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomia* 13 (2000), p. 114. Per un’analisi dei diversi tipi di defettibilità nel diritto vedi J. Ferrer, G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford 2012.

²¹ G. Fiandaca, “Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale”, *Diritto & Questioni Pubbliche* 5 (2005), p. 23.

- 1) ricavare da una medesima disposizione norme diverse da quelle il cui senso è determinato dagli esperti (l'opacità occulta l'ambiguità delle disposizioni normative);
- 2) stabilire se la norma si applica a tutte le sotto-classi della fattispecie regolata (l'opacità occulta la generalità);
- 3) accertare se la norma il cui senso è individuato dagli esperti ammetta casi *borderline* (l'opacità occulta la vaghezza);
- 4) giustificare il contenuto ascritto a una disposizione normativa sulla base di argomenti interpretativi diversi da quello dell'interpretazione tecnico-letterale;
- 5) ricorrere a concetti e distinzioni dottrinali per costruire norme implicite;
- 6) estendere analogicamente l'applicazione della norma a casi simili;
- 7) identificare l'insorgere di antinomie tra la norma opaca e altre norme appartenenti all'ordinamento;
- 8) evitare l'insorgere di lacune normative con riguardo a fattispecie contigue;
- 9) adeguare il contenuto delle norme ai principi dell'ordinamento.

Inoltre, se rivolgiamo l'attenzione al problema del controllo giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi, in caso di opacità delle norme il giudice non può stabilire se:

- 10) il provvedimento è illegittimo poiché l'autorità ha frainteso il contenuto del testo normativo al quale ha dato attuazione;
- 11) il provvedimento è irragionevole e dà dunque luogo a eccesso di potere²²;
- 12) il provvedimento è sproporzionato rispetto allo scopo che si propone di realizzare;
- 13) il provvedimento lede la legittima aspettativa del suo destinatario;
- 14) il provvedimento lede il principio di parità di trattamento.

²² Sebbene la ragionevolezza sia considerata un principio generale del diritto amministrativo, ciascun ordinamento giuridico ne fornisce una caratterizzazione diversa. Nel diritto amministrativo statunitense, un provvedimento è irragionevole quando risulta "arbitrary" e "capricious". Cfr. *Administrative Procedural Act* 5 U.S.C., 706(2)(A), testo normativo che recepisce un indirizzo giurisprudenziale già precedentemente consolidato: vedi, ad esempio, *Bowman Transportation, Inc. v. Arkansas Best Freight System, Inc.*, 419 U.S. 281 (1974), 95 S.Ct. 438, 42 L.Ed.2d 447. Nel Regno Unito il controllo giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi è fornito dalla cosiddetta "Wednesbury reasonableness": è sottoponibile a controllo da parte del giudice il provvedimento che risulta "così assurdo che nessuna persona assennata (*sensible*) potrebbe lontanamente sognarsi che esso rientri tra i poteri dell'autorità che l'ha emanato" (*Associated Provincial Picture Houses, Lim. v. Wednesbury Corporation* 1 K.B. 223 [1948], § 229). Per quanto riguarda il vizio di ragionevolezza dell'agire amministrativo nell'ordinamento italiano, è d'obbligo il rinvio a M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1939. Cfr. inoltre G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Giappichelli, Torino 1990; F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, CEDAM, Padova 1996.

In sintesi, l'opacità costituisce un problema interpretativo poiché inibisce l'attività interpretativa e argomentativa dei soggetti autorizzati, e il caso viene deciso anche se tali soggetti non comprendono pienamente il senso delle loro decisioni né sono dunque in grado di prevederne le conseguenze. Prima di passare a considerare i diversi tipi di opacità che affliggono l'attività giurisdizionale, è il caso tuttavia di soffermarci un momento sugli aspetti più strettamente linguistici di questo fenomeno, per comprenderne la natura.

4. Competenza inferenziale e competenza referenziale

Il termine "opacità" è ben noto agli studiosi di filosofia del linguaggio e di filosofia della logica, i quali lo riconducono solitamente alla nozione di "contesto opaco" elaborata da Quine²³. Sono opachi quei contesti comunicativi nei quali "certe regole di inferenza, che in contesti diversi risultano valide, conducono a formulare argomenti invalidi"²⁴. Tipicamente, un contesto comunicativo è opaco se non è possibile sostituire i termini o le espressioni co-referenziali utilizzate dei parlanti preservando, allo stesso tempo, il valore semantico degli enunciati nei quali tali termini o espressioni ricorrono. Consideriamo, ad esempio, i seguenti enunciati:

- (1) 'Tullio' contiene sei lettere.
- (2) 'Cicerone' e 'Tullio' si riferiscono alla medesima persona.

Sebbene (1) e (2) siano veri, l'enunciato

- (3) 'Cicerone' contiene sei lettere

è falso, a dispetto del principio logico di sostitutività. Lo stesso può accadere quando un enunciato è usato per esprimere atteggiamenti proposizionali come "credere che...", "conoscere che...". Consideriamo il seguente esempio:

- (4) Giorgio crede che la città di Tegucigalpa sia in Nicaragua.

Ora, sebbene le espressioni "città di Tegucigalpa" e "capitale dell'Honduras" siano co-referenziali, sarebbe erroneo inferire da (4) l'enunciato

- (5) Giorgio crede che la capitale dell'Honduras sia in Nicaragua.

Questo sia perché Giorgio potrebbe verosimilmente non sapere che Tegucigalpa è la capitale dell'Honduras, sia perché ritenere che la capitale dello Stato A si trovi nel territorio dello Stato B appare assurdo sulla base delle conoscenze che possediamo in merito allo *status* di una capitale. Quine ricorse a questi esempi per porre in evidenza come il contenuto semantico di un termine o di un'espressione linguistica non sia riducibile al suo riferimento, ovvero sia a ciò per cui quel termine o espressione sta nel mondo. Ci sono usi delle parole nei quali il

²³ Cfr. W.V.O. Quine, *From a Logical Point of View*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1953, pp. 141 ss.

²⁴ M. Lumsden, *Existential Sentences: Their Structure and Meaning*, Routledge, London-New York 1988, p. 82. Per una discussione critica di questa nozione si veda F. Mondadori, "Referential Opacity", in P. Leonardi e M. Santanbrogio (eds.), *On Quine. New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, pp. 230-247.

riferimento o designazione sembra bastare per fissare il valore semantico; altri invece, come accade nei contesti intensionali appena richiamati, nei quali ciò non sembra possibile.

L'analisi dei contesti opachi sviluppata da Quine ha contribuito a rivitalizzare, negli anni '50 del secolo scorso, la distinzione fregeana tra senso (*Sinn*) e riferimento (*Bedeutung*) all'interno del dibattito filosofico²⁵. Mentre il riferimento è ciò che la parola designa, il senso consiste nel modo in cui il riferimento è dato, ovvero sia il modo in cui il designato può essere pensato. I sensi di Frege sono cioè delle entità concettuali che connettono, sotto il profilo cognitivo, i costrutti linguistici col loro riferimento: essi consistono in ciò che si conosce per il fatto di comprendere i termini e gli enunciati di un linguaggio. Come noto, per Frege è il senso a determinare il riferimento. Nella prospettiva fregeana, il predicato "XYZ" si applica al Peridile se e solo se il Peridile soddisfa le proprietà che attribuiamo a XYZ, le quali fissano le condizioni di applicazione di "XYZ". Negli anni '70 Saul Kripke e Hilary Putnam svilupparono tuttavia una serie di influenti argomenti tesi a mostrare come nel caso dei nomi propri e dei termini di genere naturale, come "acqua" o "tigre", possa accadere che nessun contenuto cognitivo soddisfi le condizioni di applicazione di questi termini. Indipendentemente dalle proprietà che comunemente attribuiamo all'acqua e dal modo in cui usiamo il termine "acqua", l'estensione di questo termine è fissata dalla natura dell'acqua, indagata dalla ricerca scientifica²⁶. Accade cioè che il senso di un termine o di una espressione linguistica non determini il riferimento ma che valga piuttosto il contrario. Come ha osservato Diego Marconi, a partire dalle considerazioni di Kripke e di Putnam la filosofia del linguaggio e la filosofia della mente hanno tentato di tenere insieme gli aspetti cognitivi e gli aspetti referenziali che caratterizzano l'uso del linguaggio: il fatto cioè che le nostre credenze condizionano il modo in cui usiamo il linguaggio e, al contempo, che molte cose designate dalle parole hanno proprietà indipendenti dai nostri usi linguistici e da ciò che crediamo²⁷. Seguendo Marconi, si potrebbe dunque dire che la competenza semantica di un parlante si articola in due aspetti variamente correlati tra loro: la *competenza inferenziale* e la *competenza referenziale*.

In estrema sintesi, la competenza inferenziale consiste nella conoscenza delle relazioni che le parole e le espressioni linguistiche intrattengono tra loro in un certo linguaggio. Fa parte della competenza inferenziale, ad esempio, sapere che se cammino allora mi muovo, che se Fred è un canguro allora Fred è un animale, o che un contratto è un negozio giuridico. Sulla base di questo tipo di competenza siamo in grado di individuare i rapporti di iponimia, iperonimia e sinonimia, di fornire definizioni dei termini che usiamo²⁸, come pure di giudicare che l'inferenza che va da "Milano è a ovest di Padova" a "Padova è a est di Milano" è valida, mentre l'inferenza che va da "Giorgio è sposato" a "Giorgio è scapolo" è invalida. Questi giudizi esplicitano le regole d'uso di un certo linguaggio all'interno di una comunità

²⁵ G. Frege, "Über Sinn und Bedeutung", *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* 100 (1982), pp. 25-50. Sulle alterne fortune di questa distinzione all'interno della filosofia del linguaggio e della semantica filosofica si vedano M. Dummett, *Frege: Philosophy of Language*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1981, pp. 81 ss.; C. Penco, *Vie della scrittura. Frege e la svolta linguistica*, Franco Angeli, 1994, pp. 225 ss.

²⁶ "L'estensione di un termine non è fissata da un concetto che un individuo ha nella mente (...). L'estensione dei termini dipende dalla reale natura (*actual nature*) degli oggetti particolari che servono da paradigmi, la quale di solito non è pienamente conosciuta dai parlanti" (H. Putnam, "Meaning and Reference", *The Journal of Philosophy* 70 (1973), p. 711). Vedi anche Kripke, *Naming and Necessity*, cit., cap. 3; H. Putnam, "The Meaning of 'Meaning'", in Id., *Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 1975, p. 225.

²⁷ D. Marconi, *La competenza lessicale*, Laterza, Roma-Bari 1999, cap. 3.

²⁸ Vedi P. Violi, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Bologna 1997, pp. 243 ss.; G. Basile, *Le parole nella mente. Relazioni semantiche e struttura del lessico*, Franco Angeli, Milano 2001, pp. 85 ss.

linguistica determinata, ovverosia l'insieme di relazioni inferenziali nelle quali un termine, un'espressione linguistica o un enunciato completo sono coinvolti all'interno del discorso²⁹.

La competenza referenziale consiste invece nella capacità di applicare le parole al mondo reale attraverso l'ausilio del nostro apparato percettivo. Rientra all'interno di questa competenza, ad esempio, saper dire "cappello" quando vedo un cappello e non invece quando vedo un rinoceronte, oppure aprire la porta e non la finestra quando mi sento ordinare "apri la porta!" Ora, sebbene questi due aspetti della competenza semantica dei parlanti siano strettamente intrecciati tra loro già nelle prime fasi di apprendimento del linguaggio, essi si prestano nondimeno ad essere dissociati. La neuropsicologia ha mostrato come vi siano casi di pazienti cerebrolesi in grado di definire in modo accurato e competente molti termini linguistici, individuando correttamente le inferenze che caratterizzano il loro uso, senza tuttavia essere in grado di associarli ad alcun oggetto³⁰. Per converso, vi sono casi di pazienti che conservano la capacità di designare correttamente gli oggetti mediante l'uso delle parole ma non di articolare le relazioni inferenziali che le parole intrattengono tra di loro³¹. Ciò contribuisce ad evidenziare come la comprensione del linguaggio richieda una cooperazione continua tra competenza inferenziale e competenza referenziale. Quando tale cooperazione viene meno, la comprensione e la comunicazione linguistica si inceppano.

L'opacità delle norme è un fenomeno comunicativo che determina la dissociazione tra la competenza referenziale e la competenza inferenziale dell'operatore giuridico. Il giudice nella stanza degli esperti è nelle condizioni di fissare il riferimento di "XYZ" grazie al parere tecnico che gli è stato fornito³², ma di padroneggiare l'insieme di inferenze che costituiscono il senso di "XYZ". Egli si comporta come quell'individuo che, ritrovandosi un leone in salotto, è in grado di asserire "quello è un leone" puntando il dito nella direzione giusta, ma non sa che i leoni sono animali feroci e non elettrodomestici né che un leone in salotto rischia di rovinare il tappeto, e se ne rimane dunque seduto tranquillo in poltrona. Analogamente, il giudice nella stanza degli esperti è nella condizione di fissare il riferimento della norma "XYZ vietato" sulla base del parere degli esperti. Ma supponiamo che "XYZ" sia in realtà un termine ambiguo nel linguaggio della chimica sebbene ciò non emerga dal parere degli esperti, i quali hanno ritenuto questa informazione priva di rilevanza per il giudice. Immaginiamo vi siano due varianti di questa sostanza: XYZ₁ e XYZ₂; la prima è nociva per la salute, la seconda invece no. Supponiamo ora, per ipotesi, che la *ratio* della norma sia proteggere la salute umana. In base a un'interpretazione teleologica della disposizione "XYZ è vietato", sarà giustificato vietare la commercializzazione del Peridile soltanto se il Peridile è XYZ₁, mentre tale divieto non sarà giustificato se il Peridile è XYZ₂. Ma al giudice nella stanza degli esperti è precluso qualsiasi ragionamento interpretativo di questo tipo, poiché egli non è competente, sotto il profilo inferenziale, ad usare il termine "XYZ".

²⁹ Cfr. R.M. Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2000, cap. I. Per una più dettagliata spiegazione del contenuto inferenziale di un termine o di una espressione linguistica rinvio a D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, CEDAM, Padova, 2003, cap. 4. Sulle applicazioni dell'inferenzialismo semantico nel campo dell'analisi del ragionamento giuridico, vedi D. Canale, "Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico", *Ragion pratica*, 25, 2005, pp. 301-334; D. Canale e G. Tuzet, "On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?" *Ratio Juris* 20 (2007), pp. 32-44.

³⁰ J. Kay, A. Ellis, "A Cognitive Neuropsychological Case Study of Anomia. Implications for Psychological Models of Word Retrieval", *Brain* 110 (1987), pp. 613-629; G.W. Humphreys, J. Riddoch, "Features, Objects, Action: The Cognitive Neuropsychology of Visual Object Processing, 1984-2004", *Cognitive Neuropsychology* 23 (2006), pp. 165-183.

³¹ P. Marangolo, F. Piras, W. Fias, "I Can Write Seven but I Can't say It': A Case of Domain-specific Phonological Output Deficit for Numbers", *Neuropsychologia* 43 (2005), pp. 1177-1188; D. Kammerer, D. Rudrauf, K. Manzel, D. Tranel, "Behavioral Patterns and Lesion Sites Associated with Impaired Processing of Lexical and Conceptual Knowledge of Actions", *Cortex* 48 (2012), pp. 826-848.

³² Ciò ovviamente vale soltanto se assumiamo che il parere degli esperti sia corretto.

Tornando ai contesti opachi di Quine, potremmo dire, in conclusione, che un'espressione linguistica come "XYZ è vietato" può diventare opaca – esponendo chi la usa ad incorrere nella violazione del principio di intersostituibilità dei termini coreferenziali *salva veritate* – poiché il parere degli esperti opera nel ragionamento giudiziale al modo di un enunciato che esprime delle credenze, così come accade nei contesti intensionali. All'interno della motivazione della sentenza, l'enunciato "il Peridile è XYZ" può essere infatti riformulato da un osservatore esterno mediante l'enunciato

(6) Il giudice crede che il Peridile sia XYZ.

Supponiamo ora che il termine "XYZ" e l'espressione "composto etero ciclo aromatico formato da quattro atomi di carbonio e una di zolfo legati in una struttura ad anello oppure in una struttura lineare alifatica" si riferiscano al medesimo composto chimico. In base al principio di intersostituibilità dei termini coreferenziali, si potrebbe dunque inferire validamente il seguente enunciato:

(7) Il giudice crede che il Peridile sia un composto etero ciclo aromatico formato da quattro atomi di carbonio e una di zolfo legati in una struttura ad anello oppure in una struttura lineare alifatica.

Ma (7) è palesemente falso, perché il giudice non conosce il linguaggio della chimica né dunque il contenuto inferenziale di "XYZ". Come notato da Quine, ciò rende la comunicazione linguistica non trasparente, poiché può accadere che al giudice vengano ascritte credenze (quelle riconducibili alla competenza inferenziale degli esperti) che egli in realtà non ha, credenze che se esplicitate nel ragionamento giudiziale potrebbero giustificare una diversa soluzione del caso.

5. Tipi di opacità nel linguaggio giuridico

Una volta chiariti gli aspetti linguistici dell'opacità delle norme, è opportuno rivolgere l'attenzione alle diverse forme che questo fenomeno assume nella prassi giuridica. Proporrò qui di seguito due diverse tipologie di norme opache: la prima distingue i tipi di opacità sulla base dell'origine di questo fenomeno; la seconda, invece, sulla base della competenza inferenziale che la comprensione delle norme richiede. Per quanto riguarda le fonti dell'opacità, esse sono principalmente di due tipi: l'opacità può insorgere in seguito a una scelta del legislatore (*opacità originaria*) oppure di riflesso a una scelta del giudice (*opacità sopravvenuta*). Per quanto riguarda invece le competenze inferenziali coinvolte, distingueremo tra *opacità definitoria* e *opacità ontologica*.

E' il caso di osservare che queste due tipologie vengono qui proposte allo scopo di far luce su aspetti diversi di un medesimo fenomeno. Esse non sono dunque reciprocamente esclusive né congiuntamente esaustive: una norma opaca di un certo tipo può essere contemporaneamente ricondotta a una tipologia diversa per soddisfare un diverso scopo esplicativo.

5.1. Opacità originaria

Talora il legislatore ricorre a termini ed espressioni tecniche mutuati da linguaggi settoriali per regolare le condotte sociali. Tipicamente ciò avviene quando tali condotte coinvolgono saperi e competenze altamente specializzate: si pensi alla disciplina dell'attività medica, delle

attività economiche e finanziarie, delle costruzioni, della tutela ambientale³³. Mediante il ricorso a linguaggi tecnici settoriali, il legislatore è in grado di individuare in modo più preciso le fattispecie regolate così da predisporre strumenti di tutela efficaci, capaci cioè di conseguire effettivamente gli scopi in vista dei quali tali strumenti vengono predisposti. Così facendo, il legislatore comprime apparentemente gli spazi di intervento del giudice in sede interpretativa: i termini e le espressioni tecniche operano nel linguaggio normativo al modo di designatori rigidi, fissando il riferimento delle norme indipendentemente da valutazione interpretative e dunque da ragioni di tipo testuale, sistematico, teleologico, consequenzialistico o di principio che potrebbero giustificare l'individuazione della norma da applicare al caso. Questa forma di specializzazione del linguaggio normativo è solitamente giustificata dall'esigenza di rendere il diritto più efficiente. Come ha osservato Adrian Vermeule, "un processo decisionale ottimale richiedere una raccolta ottimale delle informazioni"³⁴. Per quanto riguarda il legislatore, ciò si traduce nell'esigenza di formulare testi normativi dettagliati e precisi sulla base di tutte le conoscenze rilevanti disponibili, in modo da minimizzare i costi di transazione della regolamentazione giuridica. Per fare questo, il legislatore si avvale di informazioni fornite da esperti già nella fase di formazione dei testi normativi, col risultato che le norme possono risultare opache per lo stesso legislatore, il quale si limita ad attribuire carattere giuridicamente vincolante a indicazioni tecniche fornite da organismi para-legislativi, senza essere in grado di comprendere fino in fondo il contenuto inferenziale dei termini e delle espressioni utilizzate. Il ruolo degli esperti torna poi in gioco in sede giurisdizionale: come osservato in precedenza, il giudice non dispone delle risorse inferenziali per padroneggiare il linguaggio tecnico adottato dal legislatore ed è costretto dunque ad avvalersi di esperti sia per determinare il senso delle disposizioni normative sia per accertare i fatti del caso. Questo approccio all'attività legislativa e giurisdizionale veicola tuttavia un progressivo svuotamento di queste attività istituzionali, uno svuotamento operato mediante l'opacizzazione delle norme. Le scelte politiche del legislatore tendono a trasformarsi in scelte compiute da organismi tecnici al di fuori del circuito democratico-costituzionale; le scelte interpretative del giudice, al contempo, vengono di fatto neutralizzate trasformando i termini che individuano le fattispecie regolate in designatori rigidi sottratti alla comprensione del giurista. In questo modo, tanto l'esigenza di efficacia delle decisioni quando l'esigenza di giustizia rischiano di non essere soddisfatte. Le norme opache, proprio perché dotate di contenuti inferenziali non intelligibili da parte degli attori giuridici, vengono infatti isolate dal contesto sistematico di riferimento e da qualsiasi considerazione relativa al caso concreto. Diventa impossibile per il giudice determinare quali relazioni tali norme potrebbero intrattenere con altre norme appartenenti all'ordinamento, in particolare con le norme di principio da cui potrebbe dipendere la loro giustificazione, come pure prevedere le conseguenze dell'applicazione di una norma opaca all'interno del tessuto sociale. L'opacità rende in altri termini inintelligibile la *ratio* della norma, sia essa intesa in termini sistematici, teleologici o consequenzialistici.

³³ Nel linguaggio dei giuristi, tali norme sono genericamente denominate "norme tecniche": si tratta cioè di precetti che regolano deonticamente "le modalità di esecuzione di una attività" (S. Piardi, *Le norme tecniche nell'edilizia*, CLEUP, Milano 1984, p. 13) o il cui senso si basa su una conoscenza tecnica. Il termini "norma tecnica" e "regola tecnica" sono tuttavia ambigui; per una tassonomia dei loro significati si veda S. Moroni, "Regole economiche", in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1998*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 159-185; G. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, ETS, Pisa 2008, cap. 1. In questo saggio per norma a carattere tecnico si intende la norma il cui senso dipende, con riguardo alla fissazione del riferimento, da un insieme di conoscenze specialistiche non riducibili alle conoscenze di senso comune.

³⁴ A. Vermeule, "The Parliament of Experts", *Duke Law Journal* 58 (2009), p. 2244.

5.2. Opacità sopravvenuta

L'opacità delle norme non trova origine soltanto nelle scelte lessicali del legislatore ma può sorgere per iniziativa del giudice. Ciò accade quando il giudice ascrive un senso tecnico non-giuridico, indicato dagli esperti, a termini o espressioni del linguaggio ordinario contenute nei testi normativi³⁵. In questi casi è il giudice stesso ad opacizzare le disposizioni e le norme, scegliendo di attribuire ad esse un senso che egli non è in grado di padroneggiare sotto il profilo inferenziale. Le ragioni che spiegano questo fenomeno sono strettamente legate all'evoluzione contemporanea del ragionamento probatorio e al ruolo sempre più pervasivo svolto dagli esperti nell'accertamento dei presupposti fattuali dell'applicazione delle norme. Come già ricordato in apertura, la specializzazione dei saperi e delle competenze settoriali in campo genetico, epidemiologico, alimentare, informatico, economico-finanziario, ingegneristico rendono inevitabile il ricorso alla testimonianza degli esperti nel processo, proprio perché il giudice non è in grado, sulla base delle conoscenze di cui dispone, di determinare il valore di verità degli asserti fattuali che fungono da ipotesi probatorie. Come visto in precedenza, tuttavia, il ruolo riconosciuto agli esperti nell'accertamento dei fatti, e dunque nella giustificazione delle premesse fattuali della sentenza giudiziale, "retroagisce" sul senso delle disposizioni normative utilizzate per disciplinare il caso³⁶. Per consentire la sussunzione del caso nella norma, ovvero la giustificazione interna della sentenza, il giudice è costretto ad attribuire a molti termini del linguaggio ordinario presenti nel linguaggio delle fonti dei sensi tecnico-specialistici omologhi a quelli derivanti dagli usi dei *medesimi* termini nel linguaggio settoriale dagli esperti. Sono cioè le stesse esigenze probatorie contemporanee a richiedere di trattare molti termini di uso quotidiano, il cui contenuto inferenziale nel linguaggio ordinario dipende da conoscenze di senso comune (si pensi a termini come "morte", "pericolo", "posizione dominante", ecc.), al modo di designatori rigidi, il cui senso è fatto invece dipendere da conoscenze scientifiche e tecniche di tipo specialistico³⁷.

Quando ciò accade, la norma diventa opaca scatenando il problemi interpretativi illustrati in precedenza. In questo caso è il giudice stesso a decidere di spogliarsi delle proprie prerogative interpretative e dunque della possibilità di trattare i termini e le espressioni del linguaggio delle fonti non come dei nomi propri quanto piuttosto come elementi di enunciati suscettibili di interpretazione.

Se l'opacizzazione delle norme ad opera del giudice per un verso sembra costituire una garanzia per la certezza del diritto (intesa come prevedibilità delle decisioni giudiziali) e per

³⁵ Nel dibattito filosofico contemporaneo questo fenomeno è denominato "deferenza semantica". Assistiamo a un caso di deferenza semantica quando: (1) i parlanti ordinari non esperti sanno che la parola P è suscettibile di un uso tecnico diverso dal suo uso ordinario; (2) i parlanti credono che il modo in cui gli esperti usano P sia quello corretto; (3) i parlanti ipotizzano che il loro uso di P sia coerente con quello degli esperti; (4) tuttavia, i parlanti sono disponibili a modificare il loro uso di P nel caso questo sia incoerente con quello degli esperti. Sulla nozione di deferenza semantica vedi D. Marconi, "Semantic Normativity, Deference and Reference", *dialectica* 66 (2012), pp. 273-274. Sul punto vedi anche T. Williamson, "Competenza lessicale ed esternismo semantico", *Iride* 11 (1998), pp. 397-401.

³⁶ Questo in realtà non è sorprendente. Come ha osservato l'ermeneutica giuridica, il punto di partenza dei processi interpretativi in ambito giudiziale è costituito dal caso concreto, le cui caratteristiche guidano l'interprete nell'identificazione della norma: A. Kaufmann, "Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung", in K. Lackner, H. Leferenz, E. Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin-New York 1973, pp. 7-20; G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 174; B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 114 ss.

³⁷ A mutare, in questi casi, non è il tipo di proprietà che il termine denota quanto piuttosto "l'estensione quantitativa delle proprietà che definiscono la competenza" del parlante (Violi, *Significato ed esperienza*, cit., p. 256). Anche gli usi ordinari di un termine dipendono, in parte, dalla nostra conoscenza del mondo, non meno di quanto accade nei linguaggi settoriali della scienza.

l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, per altro verso, come osservato in precedenza, l'opacità sopravvenuta, non diversamente dall'opacità originaria, rischia di generare disparità di trattamento e incertezza. Questo perché è la stessa scienza ad essere in molti casi "incerta", a non essere in grado cioè di elaborare conoscenze sufficienti e rilevanti per determinare in modo univoco i contenuti inferenziali dei termini tecnici di cui si avvale, o perché tali contenuti sono controversi all'interno della stessa comunità scientifica, o perché essi non sono dotati di un grado di precisione sufficiente per essere d'ausilio al giudice nei giudizi che riguardano casi singolari³⁸.

5.3. Opacità definitoria

Una volta considerate le fonti dell'opacità del linguaggio giuridico, è opportuno rivolgere l'attenzione ai tipi di competenza inferenziale richiesti per comprendere le norme opache.

In primo luogo, una termine appartenente al linguaggio delle fonti è opaco sotto il profilo definitorio quando il suo contenuto inferenziale dipende da una definizione che non è nota, accessibile e valutabile da parte di chi usa questo termine.

In molti domini del discorso il senso dei termini e delle espressioni linguistiche è fissato mediante definizioni stipulative, le quali "propongono di usare un certo vocabolo o sintagma in un modo determinato a differenza di altri"³⁹. Tali definizioni possono limitarsi a precisare il senso di un termine, in modo da eliminarne l'ambiguità o ridurne la vaghezza (ridefinizioni), ovvero consistere in vere e proprie decisioni in merito al senso che al termine va attribuito in un certo dominio del discorso. Mediante le stipulazioni, un nuovo termine può essere incluso nel lessico di tale dominio, oppure un termine già incluso acquistare un senso nuovo. In ciascuno di questi casi, se il termine o espressione in questione viene usato da un giudice che non conosce e padroneggia la sua definizione, il contesto comunicativo diventa opaco. Quando questo accade, il risultato della decisione giudiziale non costituisce, a rigore, il risultato di un atto interpretativo e la norma singolare così stabilita può risultare non giustificata in base a canoni interpretativi accettati in un certo ordinamento.

Ad esempio, immaginiamo che un disposizione normativa D appartenente all'ordinamento giuridico prescriva ai produttori di pane l'uso esclusivo di "aromi naturali". Immaginiamo inoltre che l'ordinamento non contenga alcuna norma che definisce il termine "aromi naturali" ma che l'Associazione Nazionale Panificatori (ANP) abbia stipulato una definizione di questo termine all'interno proprio codice di autoregolamentazione. Immaginiamo che in base a tale definizione una certa sostanza alimentare, chiamiamola ABC, non sia inclusa tra gli aromi naturali per ragioni commerciali, ad esempio perché la sua esclusione garantisce ai membri dell'ANP una posizione dominante nel mercato di riferimento. Immaginiamo ora sorga una controversia che coinvolge un produttore di pane che fa uso di ABC, e che il giudice decida il caso in base a D. Ipotizziamo che il giudice decida di avvalersi di un gruppo di esperti per risolvere la controversia, ai quali spetta di determinare se il pane prodotto dal ricorrente contiene soltanto aromi naturali. Dal momento che l'ANP è l'associazione più autorevole nel settore, dotata dei conoscenze e di competenze riconosciute in materia, gli esperti adotteranno nel loro parere la definizione di "aromi naturali" stipulata dall'ANP, in base alla quale l'ABC non è un aroma naturale. In base al parere degli esperti, il giudice vieterebbe dunque la produzione di pane contenente ABC. È agevole notare che l'uso di questa norma opaca possa dar luogo a problemi interpretativi. Se il giudice proibisce la produzione di pane contenente ABC sulla base della definizione dell'ANP, la norma applicata

³⁸ Ne costituisce un esempio l'ambiguità che assume il termine "morte" all'interno del dibattito scientifico: vedi, per tutti, A. Joffe, "Are Recent Defences of the Brain Death Concept Adequate?", *Bioethics* 24 (2010), pp. 47-53.

³⁹ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998, p. 5.

sarà in conflitto con la disciplina antitrust, vale a dire con altre norme appartenenti all'ordinamento, senza che il giudice ne abbia contezza. Il sorgere di questo conflitto normativo è dovuto a una definizione che, se usata a fini decisionali, non è conforme al diritto ma è al contempo opaca per il giudice, il quale non è in grado di padroneggiarne e valutarne il contenuto inferenziale e lo usa, nondimeno, per decidere il caso. Questa antinomia poteva essere evitata dal giudice mediante l'interpretazione del termine "aromi naturali", ma il giudice non è nella condizione nel nostro esempio di interpretare D, poiché il contenuto inferenziale del predicato "aromi naturali" non è per lui intelligibile.

5.4. Opacità ontologica

Una norma è opaca sotto il profilo ontologico quando il suo contenuto inferenziale viene fatto dipendere dalle proprietà degli oggetti, eventi o stati di cose a cui essa si riferisce, ma tali proprietà non sono note a chi fa uso della norma in sede giudiziale.

Si tratta del tipo di opacità più diffuso e pervasivo nella prassi giuridica: essa si manifesta quando il legislatore regola condotte che coinvolgono competenze specialistiche da parte del destinatario della norma, e lo fa utilizzando un linguaggio tecnico il cui senso sfugge alla comprensione del giudice. In questo caso, sono le proprietà ascritte in sede scientifica o tecnica all'oggetto della regolamentazione a fissare il senso della norma. L'opacità ontologica delle norme può assumere due forme diverse, che potremmo denominare, rispettivamente, "moderata" e "radicale". Si dà il caso di una norma moderatamente opaca sotto il profilo ontologico quando le proprietà ascritte all'oggetto della regolamentazione in sede scientifica o tecnica non sono controverse all'interno della comunità scientifica di riferimento al tempo in cui la norma viene applicata. La comunità scientifica ha elaborato cioè standard condivisi in base a quali è giustificato asserire che gli oggetti, eventi, stati di cose appartenenti alla classe C hanno le proprietà $p_1, p_2, p_3 \dots p_n$, e dunque il valore di verità dell'enunciato fattuale "x è C" può essere determinato in sede processuale sulla base di tali standard. Come già osservato, il predicato "C" può essere usato come un designatore rigido dal legislatore e dal giudice, col risultato che le proprietà ascritte all'insieme di elementi appartenenti alla classe C fissano il senso di "C". Laddove il contenuto inferenziale di "C" non sia comprensibile da parte del giudice, la norma "se x è C, allora Ox " diventa opaca.

La circostanza che l'opacità ontologica di una norma sia moderata, nell'accezione appena precisata, non rende meno rilevanti i problemi che essa genera nella prassi giuridica. Consideriamo il seguente esempio: immaginiamo che una disposizione normativa appartenente all'ordinamento ascriva ai soggetti affetti di artrite il diritto alla pensione per disabilità. Alla scienza medica spetterà stabilire a quali condizioni un soggetto soffra di artrite, dal momento che il predicato "artrite" è un termine tecnico che si riferisce a un evento le cui proprietà sono studiate da questa scienza. Stabilendo queste condizioni, la scienza medica pone a disposizione del giudice gli strumenti per fissare il senso del termine "artrite" e il valore di verità dell'enunciato "Tizio è malato di artrite". Immaginiamo ora che una ricerca medica conduca a scoprire che l'artrite è in realtà una malattia generica che colpisce soltanto una certa categoria di soggetti su base razziale, ma che questa informazione non sia contenuta nel parere degli esperti, ai quali non è stato chiesto di specificare le cause di questa patologia. Il riconoscimento della pensione di invalidità a chi soffre di artrite potrebbe dunque creare disparità di trattamento: la norma potrebbe entrare in conflitto col principio di uguaglianza. Ma un giudice che si avvale di un parere degli esperti per determinare il contenuto della disposizione normativa non è in grado di cogliere questo aspetto: il predicato "artrite" è infatti opaco ai suoi occhi. Il giudice non è nella posizione di riconoscere l'insorgere di una antinomia all'interno dell'ordinamento tra la norma applicata e il principio di non discriminazione, né dunque di evitare tale antinomia mediante l'interpretazione della

disposizione. Né gli esperti possono essergli di aiuto, dal momento che non sono dotati delle competenze tecnico-giuridiche necessarie per conoscere che l'origine genetica della malattia può essere giuridicamente rilevante. Il termine "artrite", una volta inserito nel linguaggio giuridico, diventa infatti opaco anche agli occhi degli esperti.

I problemi sollevati dall'opacità ontologica diventano ancor più seri quando le proprietà distintive dell'oggetto della regolamentazione sono incerte o controverse per gli esperti. Consideriamo il predicato "antracosi" contenuto nella disposizione normativa utilizzata dal giudice per decidere il caso *Stalcup*. Il senso di questo termine è considerato dipendere dalla conoscenza medica e risultava dunque opaco per il giudice, il quale ricorse alla testimonianza degli esperti per fissare il riferimento della norma senza essere in grado di comprendere il contenuto inferenziale di "antracosi". Il problema ulteriore che si pone in casi come quello di Donald Stalcup sta nel fatto che le condizioni di applicazione del termine "antracosi" sono controverse all'interno della stessa scienza medica: si tratta infatti di un termine ambiguo nel linguaggio settoriale della medicina. L'opacità ontologica diventa in questo caso radicale: essa non può essere eliminata rendendo esplicito e comprensibile al giudice il contenuto inferenziale del predicato. In questi casi, il giudice deve scegliere la spiegazione scientifica migliore dell'evento al quale il termine opaco si riferisce, sebbene egli non disponga, come osservato in precedenza, delle conoscenze scientifiche per operare questa scelta in modo ponderato.

6. Conclusione

Come ho cercato di mostrare in queste pagine, il fenomeno dell'opacità delle norme solleva questioni di rilevante interesse tanto per la teoria del diritto quanto per la politica del diritto.

Sotto il profilo teorico-giuridico, l'analisi di questo fenomeno offre innanzitutto spunti originali di riflessione allo studioso dell'interpretazione giuridica. Come già ricordato in precedenza, l'interpretazione è generalmente concepita come un rimedio all'indeterminatezza del diritto. L'attività dell'interprete consiste nel determinare il senso dei testi normativi, i quali si presentano spesso come dei "semilavorati" linguistici, bisognosi di perfezionamento perché plurivoci, imprecisi, poco dettagliati. L'opacità delle norme costituisce un problema interpretativo per ragioni diametralmente opposte. Le norme opache sono infatti semanticamente *troppo* ricche perché il giudice riesca a comprenderle, al punto che la loro applicazione avviene meccanicamente e alla cieca. L'apertura di spazi interpretativi per il giudice costituisce l'antidoto per l'opacità delle norme e rende possibile evitare le conseguenze perniciose che questo fenomeno può provocare, impedendo che gli esperti si sostituiscano di fatto ai giudici e agli altri protagonisti del processo.

Lo studio dell'opacità delle norme ha riflessi degni di attenzione anche per l'analisi del ragionamento giuridico, con particolare riguardo alla giustificazione delle decisioni giudiziali e alla distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*. La giustificazione in fatto e la giustificazione in diritto della sentenza sono solitamente descritti come momenti distinti del ragionamento del giudice, in quanto consistono in processi inferenziali diversi, l'uno orientato all'accertamento della verità di asseriti fattuali, l'altro all'individuazione della norma che disciplina il caso. E' noto, tuttavia, come questi due processi inferenziali siano strettamente connessi tra loro. La ricerca delle caratteristiche rilevanti del fatto è condizionata dalla norma scelta per disciplinarlo; per converso, la scelta della norma dipende dalle circostanze di fatto che costituiscono l'oggetto del giudizio⁴⁰. In caso di opacità delle norme, questa correlazione

⁴⁰ Se così non fosse, infatti, la sussunzione del caso nella norma risulterebbe altamente problematica, alla luce del numero infinito di caratteristiche che la descrizione di un fatto e il senso di una norma possono denotare nel mondo. Vedi su questo punto D. Canale, *Il ragionamento giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a

tuttavia si spezza. Sono le caratteristiche del fatto selezionate dagli esperti a fissare il riferimento della norma, ovverosia l'oggetto stesso della disciplina, provocando la paralisi del ragionamento interpretativo. Ciò mostra come il ragionamento probatorio possa svolgere in alcuni casi una funzione propriamente semantica, con i pericoli che tale evenienza comporta.

L'analisi di tali pericoli proposta nelle pagine precedenti consente dunque, in sede conclusiva, di formulare alcune considerazioni di tipo normativo con riguardo alla politica giudiziaria. E' opinione consolidata che il ricorso agli esperti nel processo costituisca una garanzia importante per la salvaguardia dei principi di uguaglianza e di certezza del diritto all'interno degli ordinamenti giuridici contemporanei. Ma "quando il legislatore, anziché chiamare in causa i giuristi, il loro linguaggio e il loro specifico strumentario tecnico, stabilisce un'intesa linguistica privilegiata con le complesse terminologie ricavate da altri linguaggi settoriali (...), l'effetto inevitabile non è solo quello (...) di una perdita semantica *tout-court*, ma anche quello relativo alla necessità di raccordarsi con tali soggetti e con il loro dizionario settoriale nel momento della *legal implementation*"⁴¹. Se ciò non avviene, come quando il giudice applica norme opache, i principi di uguaglianza e di certezza del diritto rischiano di non trovare concretizzazione. Come osservava il giudice Learned Hand più di un secolo fa, "nessuno nega che il diritto è tenuto a prendere in considerazione la conoscenza degli esperti in tutti i casi in cui questa è d'aiuto nel risolvere una controversia. L'unico problema è stabilire qual è il modo migliore per farlo"⁴².

Diventa a questo punto pertinente chiederci: come può essere evitato o risolto il problema dell'opacità delle norme? Nel caso dell'opacità definitoria e dell'opacità ontologica moderata, i problemi esemplificati in precedenza possono essere evitati o risolti se il giudice e gli esperti incrociano le loro rispettive competenze inferenziali nell'uso del linguaggio e cooperando tra loro. L'opacità viene meno se il giudice acquisisce le competenze inferenziali nell'uso di un certo linguaggio tecnico sufficienti per cogliere le caratteristiche dell'oggetto della disciplina rilevanti sotto il profilo giuridico. In tal modo, egli potrà infatti tradurre le ragioni di tipo tecnico e scientifico in ragioni giuridiche. E ciò è possibile se gli esperti acquisiscono, parallelamente, le competenze inferenziali nell'uso del linguaggio giuridico necessarie per fornire al giudice tutte le informazioni tecniche e scientifiche giuridicamente rilevanti, memori del fatto che le ragioni scientifiche hanno caratteristiche assai diverse dalle ragioni di tipo giuridico⁴³. Come ha sottolineato da Hilary Putnam, la divisione del lavoro linguistico che caratterizza oggi i diversi campi dell'attività umana deve accompagnarsi a una

cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 316-351.

⁴¹ G. Zaccaria, "Testo, contesto e linguaggi settoriali nell'interpretazione giuridica", ora in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 123.

⁴² L. Hand, "Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony", *Harvard Law Review* 15 (1901), p. 40.

⁴³ Cf. J. Sanders, "Science, Law, and the Expert Witness", *Law and Contemporary Problems* 72 (2009), pp. 63-90. Come ha sottolineato Susan Haack, vi è una differenza rilevante tra "natura della scienza" e "cultura giuridica", una differenza che va tenuta in considerazione nel momento in cui si ricorre alla conoscenza scientifica nel processo: "sebbene la scienza sia sicuramente, tra le altre cose, una istituzione sociale, la ricerca scientifica è frutto del desiderio di comprendere e dominare i fenomeni ed è quindi responsabile delle caratteristiche del mondo che indaga. Essa è inoltre vincolata alle capacità cognitive dei ricercatori, alle loro limitazioni, e sebbene i dettagli della pratica scientifica e delle sue regole mutino nel tempo e nello spazio, essa è essenzialmente la stessa in tutto il mondo. I sistemi giuridici, per converso, sorgono in risposta a conflitti e controversie sociali, e sebbene siano certo genericamente condizionati dalla natura dell'uomo e della società, sono in gran parte il risultato di convenzioni create dall'agire umano in ambito istituzionale. I sistemi giuridici sono dunque localistici e specifici in ogni tempo e luogo, cosa che la scienza non è" (S. Haack, "Truth and Justice, Inquiry and Advocacy, Science and Law", *Ratio Juris* 17 (2004), p. 17).

“cooperazione strutturata” tra i parlanti⁴⁴. Se tale cooperazione viene meno, l’opacità rischia fatalmente di diventare pervasiva.

Nel caso dell’opacità ontologica radicale, la cooperazione semantica tra giudice ed esperti non è invece di alcun aiuto, poiché a risultare controverso o indeterminato è il senso tecnico ascritto alle disposizioni normative. Quando ciò accade, l’opacità difficilmente può essere eliminata; è possibile tuttavia evitare il suo insorgere sottraendo agli esperti, e alle conoscenze specialistiche di cui essi si fanno portavoci, un ruolo decisivo nell’accertamento dei presupposti fattuali dell’applicazione delle norme. Quando la scienza è incerta o controversa è opportuno che essa faccia un passo indietro nel ragionamento del giudice e degli altri protagonisti del processo, lasciando spazio alle conoscenze di senso comune e alle massime di esperienza⁴⁵. Per quanto spesso indeterminata e fallibile, la conoscenza di senso comune è infatti trasparente; il ritornare ad essa consente dunque la riattivazione del lavoro interpretativo e argomentativo che l’opacità delle norme al contrario preclude.

⁴⁴ Putnam, “Meaning and Reference”, cit., p. 706.

⁴⁵ Ha notato Francesco Caprioli come si assista oggi, per effetto del ruolo attribuito agli esperti nel processo, a un “progressivo assottigliarsi del ‘senso comune’ – cioè del repertorio di conoscenze empiriche dell’uomo medio – come serbatoio delle regole di inferenza da utilizzare nel ragionamento probatorio” (F. Caprioli, “La scienza ‘cattiva maestra’: le insidie della prova scientifica nel processo penale”, *Cassazione penale* 48 (2008), p. 3521).