

IL FATTO E L'INTERPRETAZIONE

O FATO E A INTERPRETAÇÃO

Michele Taruffo*

RIASSUNTO

Il testo presenta una analisi critica di varie teorie di sull'interpretazione del diritto e fatti nelle decisioni giudiziarie. Ritiene che i casi difficili, in gran parte, rappresentano una difficoltà di analizzare i fatti e non solo del diritto. Critica la visione di applicazione sillogistica del diritto e difende la percezione delle narrazioni di fatto come vere e non solo come descrizioni narrative persuasiva. Infine, si sostiene la necessità di una motivazione completa e coerente, strutturato attraverso lo sviluppo di buone ragioni, essere in grado di giustificare la saggezza dei fatti sulla base di prove.

Parole chiave: Interpretazione; Sillogismo; Fatti; Regole; Prove.

RESUMO

O texto apresenta uma análise crítica sobre inúmeras teorias de interpretação do direito e dos fatos nas decisões judiciais. Considera que os *hard cases*, em grande parte, representam um dificuldade de análise dos fatos e não somente do direito. Critica a perspectiva silogística de aplicação do direito e defende a percepção das narrativas fáticas como verdadeiras e não somente como descrições narrativamente persuasivas. Finalmente, defende a necessidade de motivações completas e coerentes, estruturadas através do desenvolvimento de boas razões, capazes de justificar seja o accertamento dos fatos com base nas provas.

Palavras-chave: Interpretação; Silogismo; Fatos; Normas; Provas.

* Professor of Law in the School of Law of the Università di Pavia – Italy. Secretary General of the International Association of Procedural Law; he is a member of the same Association, of the Accademia Nazionale dei Lincei, the American Law Institute, the Bielefelder Kreis, the Instituto Brasileiro de Direito Processual, the Academia Brasileira de Direito Constitucional, the Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise, the Associazione Italiana di Diritto Comparato, the Associazione Italiana tra gli Studiosi del Diritto Processuale, and other associations in the domains of procedural law, comparative law, jurisprudence and legal theory. *Correspondence to:* Istituto di diritto privato e processuale, Strada Nuova 65, 27100, PAVIA – Italia. Email: tarcode@tin.it.

ALCUNE PREMESSE

Un tema così difficile ed impegnativo richiederebbe un'analisi ben più ampia ed approfondita di quella che è possibile svolgere in questa sede. Tenterò dunque di toccare sinteticamente alcuni aspetti rilevanti del tema, articolando il discorso in alcune premesse, due problemi e un tentativo di conclusione. Mi scuso sin d'ora per il fatto che dovrò dire alcune cose senza avere la possibilità di giustificarle in modo adeguato.

Una prima premessa riguarda la teoria del sillogismo giudiziale, che tuttora viene evocata quando si parla di interpretazione della legge da parte del giudice nell'ambito della decisione. Essa è stata certamente una "pia illusione" (come hanno sottolineato Fiandaca e Musco), ma è stata anche qualcosa di più e di diverso: è stata una descrizione in ogni tempo e in ogni ordinamento inattendibile sia della formulazione della decisione giudiziaria, sia della sua giustificazione nella motivazione della sentenza. I giudici non hanno mai ragionato per sillogismi – e tanto meno per catene di sillogismi- e nessuna motivazione è davvero ridicibile ad un sillogismo o ad una catena di sillogismi. Allora, però, bisognerebbe spiegare come mai una descrizione così priva di rispondenza con la realtà sia stata così popolare per lungo tempo, dall'Illuminismo sino ai nostri giorni, e sia stata seguita ed elaborata da processualisti di grande rilievo come Friedrich Stein, Rocco, Carnelutti e Calamandrei. È difficile pensare che essi non si rendessero conto della sostanziale inattendibilità descrittiva di questa teoria. Si può ipotizzare, invece, che mentre presentavano in termini descrittivi il ragionamento del giudice come strutturato in uno o più sillogismi, essi stessero in realtà *prescrivendo* ciò che il giudice avrebbe dovuto fare per formulare correttamente la decisione o per giustificarla in modo adeguato. In sostanza, si è trattato e si tratta, per chi ancora vi fa riferimento, di una *ideologia*, di una immagine di *buon giudice* proposta come modello di riferimento per i giudici reali. Il buon giudice, secondo questa teoria, è una "macchina per sillogismi" priva di discrezionalità e quindi priva di creatività, oltre che non arbitraria: è, in sostanza, la bocca che pronuncia la parola inanimata della legge di cui aveva parlato Montesquieu, e da questa parola inanimata – che è della legge, non del giudice- deriva le conseguenze che determinano la decisione nei casi concreti.

Una seconda premessa riguarda l'interpretazione delle norme. In proposito esiste quello che può ormai considerarsi un luogo comune, secondo il quale il significato delle disposizioni normative è opera dell'interprete, ed è l'interprete che sceglie di volta in volta il significato che attribuisce al testo. In proposito, ed in termini così generali, esiste una significativa convergenza di orientamenti dottrinali sotto altri aspetti diversi, da Kelsen a Tarello, da Viola e Zaccaria ad Umberto Eco. Il punto fondamentale comune di questi orientamenti, che qui vale la pena di sottolineare, consiste nel concepire l'attività dell'interprete come scelta

del significato da attribuire al testo. Questa scelta, diceva già Kelsen, avviene nell'ambito delle interpretazioni valide della norma di cui il giudice (più in generale: l'interprete) si occupa; in termini più generali ma analoghi, Eco svolge una difesa del senso letterale del testo, ma configura l'interpretazione come una scelta che l'interprete compie nell'ambito dei significati accettabili di esso.

In questa prospettiva la tesi dworkiniana della *one right answer* appare chiaramente come un'astrazione priva di rispondenza con quanto avviene nell'interpretazione del diritto, in particolare quando è il giudice a porla in essere: il giudice erculeo non esiste, e non esiste nessuna norma per la quale si possa configurare una sola interpretazione corretta. Dall'altro lato, si può osservare che l'ermeneutica ha dato contributi decisivi ad una concezione dinamica della interpretazione come determinazione del significato delle norme. Per quanto qui interessa, peraltro, si può fare riferimento all'ermeneutica come *metodo*, mentre avrei gravi perplessità rispetto all'ontologia gadameriana, e preferirei evitare di fare i conti con lo spettro di Heidegger. Anche la "scacchiera infinita" o il "differimento infinito" di Derrida mi sembrano metafore che alludono ad un gioco intellettuale fine a se stesso, ma che non hanno nessun fondamento e nessuna utilità sotto il profilo del metodo di cui un interprete concreto deve servirsi per individuare davvero i significati normativi applicabili per la soluzione di controversie reali.

La terza premessa muove dalla distinzione che occorre fare tra interpretazione ed applicazione della norma: il fatto emerge con particolare evidenza quando si parla della decisione giudiziaria, e quindi è opportuno concentrare l'attenzione sulla interpretazione *decisoria*, come la chiama Guastini, o *operativa*, come la chiama Ferrajoli. E' di fronte al giudice, invero, che il fatto svolge una funzione decisiva quanto all'attribuzione alla norma del significato applicabile nel caso concreto, e quindi determina la scelta interpretativa di cui ho fatto cenno poc'anzi. Mentre l'interprete può limitarsi a stabilire quali sono i significati validi ed accettabili di una disposizione normativa, l'operatore pratico, ed in particolare il giudice, deve andare oltre e stabilire quale tra questi significati è riferibile ai fatti del caso concreto. In questo senso si può dire che il fatto ha un ruolo centrale e determinante nell'ambito della interpretazione della norma: le norme si applicano a fatti e i giudici decidono sulla base dei fatti ai quali debbono applicare le norme. Come – tra i tanti – ha detto Engisch, è il caso concreto a determinare il significato della norma.

Questa constatazione può apparire banale, ma è per qualche aspetto rilevante. Per un verso, spesso gli *hard cases* sono *hard* nei fatti ma sono *easy* per quanto attiene alle norme che vengono applicate, sicché il vero problema della decisione è quello dell'accertamento del fatto più che quello dell'interpretazione della norma riferibile al caso. Per altro verso, il rapporto tra il fatto e la norma può essere assai complesso e problematico, come ha chiarito la metafora dell'occhio che va più volte dal fatto alla norma e dalla norma al fatto, usata dall'Engisch dei *Logische*

Studien. Ciò che qui interessa sottolineare è che il rapporto dialettico tra norma e fatto comincia dal fatto, non dalla norma: per così dire, nella dinamica della decisione giudiziaria *il fatto viene prima della norma*, è il punto di partenza del ragionamento decisorio. Adottando una prospettiva ermeneutica si potrebbe dire che il fatto costituisce il primo e fondamentale elemento della *precomprensione* da cui muove l'interpretazione: essa è finalizzata ad individuare un significato applicabile al fatto (o meglio: a stabilire quale tra i possibili significati si riferisce meglio al fatto), ed è quindi ovvio che sia il fatto il criterio-guida dell'intera operazione interpretativa. Se si pensa all'interpretazione secondo le metafore del "circolo ermeneutico" o della "spirale ermeneutica" di cui parlano vari autori, da Hassemer a Fiandaca, bisogna tuttavia mettere in evidenza che nell'ambito della decisione giudiziaria il circolo o la spirale non partono dal nulla e non si autogenerano: il problema interpretativo nasce dal fatto su cui verte la decisione, e il fatto determina l'inizio e la direzione in cui si muoveranno il circolo e la spirale ermeneutica.

In proposito si può osservare che queste metafore sono molto suggestive in quanto mettono in luce la dinamica, il movimento che caratterizza l'attività interpretativa, e quindi segnano la crisi definitiva dei modelli di tipo sillogistico. Tuttavia esse presentano un limite non trascurabile, determinato dalla circostanza che focalizzano l'attenzione sull'interpretazione della norma e sulla complessità del ragionamento interpretativo, ma per certi versi lasciano in ombra – pur non negandolo – il ruolo del fatto, e con ogni probabilità non chiariscono alcuni aspetti rilevanti del ragionamento del giudice. Si può allora far riferimento ad un diverso modello di tale ragionamento, che chiamerei del *trial and error*, oppure della *abduzione e verifica*. Questo modello ha come aspetto essenziale il controllo di ipotesi, e può articolarsi in una catena più o meno lunga di passaggi: una ipotesi relativa al fatto si controlla mediante un'ipotesi sul significato della norma che a quel fatto viene riferita; a sua volta, l'ipotesi sul significato della norma si verifica in base all'ipotesi sul fatto. Queste ipotesi si modificano di volta in volta in base alla verifica, e il procedimento continua scartando tutte le ipotesi che ogni volta non vengono confermate, fino a che si giunge ad una ipotesi di fatto che corrisponde alla protasi della norma interpretata in una determinata ipotesi. Si tratta del momento in cui il fatto si può *sussumere* nella norma, che risulta interpretata in base al fatto e quindi può essere applicata ad esso. Per quanto riguarda la formulazione delle ipotesi interpretative della norma, sempre determinate di volta in volta da ipotesi sul fatto, si può parlare – seguendo anche qui Umberto Eco – sia di *abduzione ipocodificata*, che porta alla scelta di una regola preesistente nel sistema, sia di *abduzione creativa*, che consiste nella invenzione di una regola nuova. In altri termini, può accadere che il giudice scelga uno dei significati della norma già consolidati (in dottrina o in giurisprudenza, o in entrambe), ma può anche accadere che il giudice individui un significato "nuovo" della norma se – entro i limiti dei significati accettabili – questo significato consente di applicare quella norma a quel fatto.

IL “FATTO”

Nelle considerazioni che precedono ho assunto per semplicità una nozione generica di “fatto”, ma è ora necessario esaminare alcuni problemi che sorgono appena si abbandoni un livello così generico di discorso e si tenti di intendere come si presenta il “fatto” nel contesto del processo, e sotto il profilo del rilievo che esso riveste nell'interpretazione della norma ai fini della decisione conclusiva.

In proposito vale la considerazione apparentemente banale, ma ricca di implicazioni problematiche, che il fatto non entra nel processo (salve eccezioni molto particolari) nella sua materialità empirica, per l'ovvia ragione che esso si è verificato prima e al di fuori del processo, e non è normalmente ripetibile o direttamente percepibile. In altri termini, il fatto entra nel processo sotto forma di enunciati che lo descrivono, o – più spesso – sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*. Da questo punto di vista il processo può essere interpretato come un insieme di narrazioni che vengono costruite e proposte da soggetti diversi e da diversi punti di vista, ossia dagli avvocati, dai testimoni, dai consulenti tecnici e –infine- dal giudice.

Una caratteristica importante delle *narrazioni giudiziali* è che esse non sono pre-date o precostituite al processo. Al contrario: esse vengono *costruite* dai diversi soggetti che nel processo narrano fatti, e sono dunque il risultato di complesse attività di “composizione” della narrazione, per molti aspetti simili alle attività con cui uno scrittore compone la narrazione di una vicenda in un romanzo. Le modalità principali di questa costruzione delle narrazioni sono state analizzate in modo assai approfondito dal famoso psicologo Jerome Bruner, che insieme al giurista Tony Amsterdam ha svolto una analisi di grande interesse relativa proprio alla costruzione delle narrazioni giudiziali. Sono così emerse le modalità specifiche di questa costruzione, come il riferimento inevitabile alle categorie (come spazio, tempo, causa) che consentono di interpretare la realtà, l'impiego di *scripts* che delineano vicende stereotipiche, e agli strumenti della persuasione retorica. Sotto un profilo diverso ma complementare William Twining ha analizzato come le *stories* che si raccontano nel processo si fondano sullo *stock of knowledge* che costituisce il contenuto del senso comune (o di quella che Eco chiama “enciclopedia media”), e quindi facciano spesso riferimento a proverbi, pregiudizi, miti e tradizioni, ossia a molte pseudo-nozioni prive di un reale contenuto conoscitivo. Inoltre, Frederick Schauer ha mostrato come spesso il ragionamento giuridico, quando riguarda i fatti, faccia riferimento a generalizzazioni o a quasi-generalizzazioni “spurie”, nel senso che si fondano su stereotipi o addirittura su puri e semplici pregiudizi. Accenno soltanto ad un punto che non posso sviluppare ulteriormente ma che è rilevante per il processualista: la nozione di “massima d'esperienza” coincide con molti contenuti dello *stock of knowledge* di cui parla Twining e con molte delle generalizzazioni (incluse quelle spurie) di cui parla

Schauer, con la conseguenza che molte “massime” si rivelano in realtà prive di qualunque validità conoscitiva.

Il ricorso alle nozioni del senso comune e alle massime d’esperienza ha l’ulteriore caratteristica di indirizzare la costruzione delle narrazioni, e in particolare di quelle giudiziali, sui binari di ciò che l’uomo medio dotato di cultura media tende a considerare “normale” o a lui “familiare”, poiché secondo il senso comune ciò che è normale o appare familiare tende ad essere considerato come attendibile, ed anzi come veritiero. Ciò crea il problema che sulla scorta di Nassim Taleb potremmo chiamare del Cigno Nero, ossia della situazione in cui si verifica l’assolutamente improbabile, il difficilmente immaginabile, ma che però accade effettivamente. L’idea del Cigno Nero è evidentemente impopolare perché sfugge agli strumenti conoscitivi offerti dal senso comune, secondo il quale il “cigno normale” è bianco. Questo crea però un problema rilevante, in quanto accade non di rado che il fatto che si tratta di accertare in un processo sia un Cigno Nero, ossia un evento “anormale” ed imprevedibile. In una situazione di questo genere la costruzione di una narrativa giudiziale si rivela particolarmente difficile, poiché si tratta di rendere attendibile ciò che non appare credibile sulla base del senso comune e delle massime d’esperienza che ne descrivono il contenuto.

Tuttavia queste non sono le sole difficoltà che riguardano la determinazione del “fatto” nel contesto del processo. Vale infatti la pena di segnalare almeno altri due problemi.

Il primo problema riguarda la circostanza – di cui si è fatto cenno poc’anzi – che nel processo vengono in gioco varie narrazioni dei fatti della causa. Da un lato, va considerato che esse sono diverse nei contenuti, ossia nelle modalità con cui il fatto viene narrato, poiché esse provengono da soggetti “narranti” diversi, ognuno dei quali presenta la propria versione del fatto. Vale la pena di tener presente quello che dicono autori così diversi come Susan Haack e Jorge Luis Borges, ossia che dello stesso fatto possono darsi infinite versioni vere e quindi – si può aggiungere – anche infinite versioni false, sicché in concreto non vi è da stupirsi se soggetti diversi, che nel processo svolgono ruoli profondamente diversi, narrano diversamente la stessa vicenda di fatto. Così, ad esempio, in un processo civile la narrazione allegata dall’attore è diversa dalla narrazione del convenuto (poiché altrimenti non vi sarebbe controversia) e la narrazione finale del giudice può essere diversa da entrambe, dato che il giudice non è vincolato a scegliere una delle due versioni fornite dalle parti.

Dall’altro lato, le varie narrazioni sono diverse anche sotto il profilo di quello che si potrebbe definire come il loro *status* epistemico. Le narrazioni allegate dalle parti hanno una “pretesa di verità”, poiché nessun avvocato sano di mente allegherebbe un fatto dicendo contestualmente che è falso, ma non sono “vere” nel senso proprio del termine. A parte il fatto che l’avvocato (almeno in Italia, ma

lo stesso accade in molti ordinamenti) non ha un effettivo dovere di verità, va considerato che le narrazioni allegate dagli avvocati delle parti non sono altro che *ipotesi* formulate sui fatti della causa. Esse possono essere vere (almeno una di esse) o possono essere false (possibilmente anche entrambe), e la loro verità o falsità verrà stabilita dal giudice solo alla fine del processo, ma finché ciò non accade esse rimangono al livello di ipotesi. La narrazione fatta da un testimone ha pure una “pretesa di verità”, perché anch'essa potrebbe essere falsa, ma si tratta di una pretesa in certo senso rafforzata rispetto alle narrazioni allegate dalle parti, se non altro perché il testimone ha l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità. Infine, la narrazione dei fatti che il giudice svolge nella sentenza non ha una semplice pretesa – più o meno forte- di verità, ma è “veritiera” nel senso che il giudice afferma di aver accertato quei fatti in quel modo sulla base delle prove che – per così dire – verificano l'ipotesi, in quanto giustificano la scelta di “quella” narrazione, a preferenza delle altre narrazioni possibili, come tendenzialmente meglio approssimata alla realtà dei fatti di cui si tratta. Naturalmente il giudice decide sui fatti in base allo *standard* di prova che vige nel singolo processo, sicché nel processo penale il “fatto” è vero se risulta provato “al di là di ogni ragionevole dubbio” (qualunque cosa significhi questa formula), mentre nel processo civile il “fatto” è vero se la narrazione di esso è “più probabile che no” (qualunque cosa significhi questa formula), ma rimane il fatto che la narrazione del giudice è “vera” in quanto provata.

Il secondo problema attiene, per così dire, alla qualità delle narrazioni giudiziali. Nella prospettiva del narrativismo “radicale” (rappresentato ad esempio da Jerome Bruner e da Bernard Jackson) l'analisi riguarda i requisiti che una narrazione deve presentare per essere “buona”, ossia per risultare persuasiva agli occhi dei destinatari. Più precisamente, essi fanno riferimento *esclusivamente* alla bontà della *story* che viene raccontata. Ciò non costituirebbe un problema di particolare rilevanza se non fosse che la prospettiva del narrativismo radicale muove dalla premessa che esistano *soltanto* narrazioni, ed esclude che si possa porre sensatamente la questione della eventuale corrispondenza delle narrazioni alla realtà dei fatti che vengono narrati. Questo implica peraltro l'adozione di una premessa ontologica molto impegnativa, che ricorda il sin troppo citato aforisma di Nietzsche per cui “non esistono fatti, solo interpretazioni”. Il narrativista dice, in sostanza, che “non esistono fatti, solo narrazioni”.

Se si adotta questa premessa in termini generali, e la si applica anche al contesto del processo, ne risulta che esso diventa interpretabile *esclusivamente* come un gioco dialettico che si svolge attraverso le narrazioni svolte dai vari protagonisti del gioco processuale, il quale termina con la scelta, da parte del giudice, della narrazione “più buona”, ossia della narrazione che risulta retoricamente più efficace in quanto appare più persuasiva secondo i canoni della normalità, della familiarità e della coerenza narrativa, che attribuiscono maggiore credibilità ad una narrazione piuttosto che ad un'altra. Tuttavia una prospettiva di questo genere appare particolarmente poco convincente, per varie ragioni.

Da un lato, rimarrebbe da spiegare a che cosa servano le prove in un processo concepito esclusivamente come un gioco di narrazioni. Una spiegazione possibile sarebbe nel senso di configurare i mezzi di prova come strumenti di persuasione retorica piuttosto che come tecniche per la raccolta di informazioni sui fatti della causa. Nella letteratura sulle prove non mancano opinioni di questo genere, ma non appare condivisibile la prospettiva secondo la quale le prove non servirebbero alla ricerca e alla dimostrazione della verità dei fatti, ma soltanto a creare nella mente del giudice una persuasione, una credenza rispetto ad essi. Nella migliore delle ipotesi si potrà riconoscere che in questo modo si descrive la finalità con cui gli avvocati si servono delle prove, ossia come strumenti finalizzati a provocare una decisione favorevole ai rispettivi clienti. Invece, per quanto riguarda specificamente la decisione del giudice sui fatti della causa, è difficile ammettere che si tratti solo del frutto di una persuasione retorica, e non abbia nulla a che vedere con la funzione epistemica delle prove.

Dall'altro lato, una prospettiva rigorosamente narrativistica implica di ritenere che la decisione giudiziaria non abbia nulla a che vedere con l'accertamento della verità dei fatti e che il processo debba soltanto premiare – come se si trattasse di un concorso letterario – la storia narrativamente migliore. Vi sono varie ragioni per non condividere una prospettiva di questo genere: la ragione principale – alla quale qui posso solamente accennare – è che la giustizia della decisione dipende dal verificarsi di varie condizioni, una delle quali è che i fatti vengano accertati in modo veritiero, poiché nessuna decisione è giusta se la norma si applica ai fatti sbagliati.

D'altronde, per chi adotta – come si fa in queste pagine – una prospettiva filosofica di tipo *realista* (sia pure con tutte le cautele critiche del caso) ha senso affermare che non esistono solo narrazioni buone o cattive sotto il profilo della loro qualità – appunto – narrativa, ma esistono anche narrazioni vere e narrazioni false. Il realista ammette che questa distinzione abbia senso in generale, e quindi abbia senso anche a proposito delle narrazioni giudiziali, e tende a ravvisare il criterio discrezionale che permette di separare le narrazioni vere dalle narrazioni false nella corrispondenza delle narrazioni alla realtà dei fatti che descrivono.

Mentre al di fuori del processo può accadere che interessi la bontà delle narrazioni ma non interessi la loro veridicità, come accade ad esempio nella lettura di un romanzo, nel processo accade il contrario: la decisione deve fondarsi su una narrazione vera, se in essa si deve applicare validamente la norma che regola il caso ai fatti della causa. Per così dire, nel processo interessano le narrazioni buone soltanto se sono vere; le narrazioni buone ma false non servono, ed anzi vanno evitate. Anche una cattiva narrazione, che può verificarsi quando non tutti i fatti risultano provati, è accettabile, purchè i fatti che la compongono si siano davvero verificati nella realtà. Non si può fingere, cioè, che un fatto non

provato sia vero solo perché ciò gioverebbe alla coerenza, e quindi alla persuasività, della narrazione.

Se si tien conto di quanto si è ora osservato, si può riconfigurare il circolo o la spirale ermeneutica come un complesso gioco dialettico tra narrazioni fattuali e interpretazioni della norma che si assume come regola del caso. Peraltro, le narrazioni dei fatti costituiscono ipotesi che possono variare nel corso del processo – ad esempio man mano che si acquisiscono informazioni attraverso i mezzi di prova – ma che sono sottoposte ad uno specifico procedimento di *trial and error*: ogni narrazione si può infatti considerare come una ipotesi sottoposta a conferma probatoria, sicché una narrazione ipotetica viene scartata se è falsificata (in quanto non viene confermata o viene confermata l'ipotesi contraria) e viene invece presa in considerazione se è confermata dalle prove.

Dunque le ipotesi narrative sui fatti della causa entrano in un duplice gioco dialettico: da un lato il fatto entra in correlazione dialettica con la norma, e nello stesso tempo le ipotesi sul fatto sono sottoposte a controllo sulla base delle informazioni acquisite attraverso le prove. Il gioco termina, con la decisione finale, quando una ipotesi fattuale veritiera (buona o cattiva che sia sotto il profilo narrativo) può essere ricondotta (“sussunta”) entro una valida interpretazione della norma che si applica al caso.

QUALE “FATTO”?

203

Come ho già accennato, un problema rilevante che riguarda la definizione del “fatto” nel contesto del processo è che del medesimo evento si può dare una indefinita varietà di descrizioni, vere e false. Quindi non solo il fatto consiste in realtà di narrazioni che lo riguardano e che vengono costruite *ad hoc* da vari soggetti, ma queste narrazioni sono in realtà il frutto di selezioni che questi soggetti compiono nell'ambito della infinita varietà e indefinibilità del reale. In altri termini: ogni volta che un soggetto costruisce la narrazione di un evento o di una vicenda non può narrare *tutto* l'evento o *tutta* la vicenda, ma deve scegliere ciò che ritiene “meritevole” di essere narrato. L'infinita varietà di biografie vere dello stesso uomo, di cui parla Borges, deriva dal fatto che vi sono infiniti modi di selezionare – nelle infinite circostanze della vita di un uomo – quelle che di volta in volta si decide di narrare.

Lo stesso problema si pone nell'ambito del processo. Non solo in esso emergono solo alcune narrazioni costruite da alcuni soggetti, ma ognuna di queste narrazioni è il frutto di una selezione che il suo autore compie individuando le circostanze che debbono essere narrate e lasciando fuori dalla narrazione infinite circostanze che non vengono prese in considerazione. Allora il nucleo centrale del problema riguarda l'individuazione del criterio in funzione del quale si opera la selezione.

Si dice comunemente che nel processo questo criterio è costituito dalla c.d. "rilevanza giuridica" del fatto: è la norma di cui si ipotizza l'applicazione come regola del caso – in altri termini – che funziona come criterio in base al quale si determinano le circostanze che debbono essere narrate. Questo luogo comune non è del tutto privo di senso, ma non è risolutivo. Da un lato, infatti, nelle narrazioni processuali non entrano solo i fatti che in base alla norma risultano essere *giuridicamente* rilevanti, ma anche fatti che non sono giuridicamente rilevanti ma vengono narrati perché sono *logicamente* rilevanti, in quanto possono essere utili come premesse da cui trarre inferenze intorno alla verità o falsità degli enunciati che riguardano fatti giuridicamente rilevanti (si pensi agli indizi o alle fonti di presunzione semplice). Il riferimento a questi fatti integra e completa la narrazione relativa ad un fatto giuridicamente rilevante, ma la loro selezione non avviene con riferimento alla norma, bensì con riferimento al fatto giuridicamente rilevante che si è individuato in base alla norma: per dirlo sinteticamente, un indizio è un indizio – ossia un fatto "secondario" logicamente rilevante – se si può ipotizzare che esso costituisca la premessa per una inferenza probatoria che abbia come conclusione un fatto "principale". In caso contrario, non si tratta neppure di un indizio: si tratta di una circostanza che non merita di essere narrata.

Dall'altro lato, la norma funziona come criterio per la selezione dei fatti giuridicamente rilevanti soltanto dopo essere stata interpretata, con la conseguenza che diversi significati assegnati alla norma possono determinare l'individuazione di diversi fatti giuridicamente rilevanti in riferimento ad ognuna delle interpretazioni ipotizzabili. Tuttavia, come si è detto in precedenza, la norma viene interpretata sulla base del fatto, ed anzi sulla base della narrazione (o delle narrazioni) del fatto, e nello stesso tempo l'interpretazione (o le interpretazioni) della norma determina (o determinano) la selezione dei fatti che vengono narrati. Si instaura in questo modo un "circolo" forse ermeneutico, ma che ha molte probabilità di essere vizioso.

Una possibile via di uscita da questo circolo consiste nel pensare che la rilevanza del fatto da narrare non derivi primariamente dal riferimento alla norma (interpretata) che si userà come regola del caso, ma derivi soprattutto dall'attribuzione di autonoma importanza a particolari circostanze, che quindi si definiscono come "rilevanti" di per sé, ossia in riferimento a giudizi di valore di carattere sociale, morale, politico o economico. In base a giudizi di questo genere si individuano anzitutto i fatti che "meritano" di essere narrati nell'ambito di un processo: solo in un secondo momento si tratta di stabilire se vi è una norma – o una interpretazione di una norma – che, per così dire, si "adatta" a questi fatti attribuendo ad essi una qualificazione giuridica. Dunque: *prima* si stabilisce che una circostanza è rilevante in base a criteri di valore metagiuridici, e *poi* quella circostanza viene definita come giuridicamente rilevante in base a qualche interpretazione di una norma. Ragionando in questo modo – è opportuno sottolineare – ossia avendo *prima*

scelto il fatto, può accadere che la conseguente interpretazione *cognitiva* della norma, ossia l'individuazione dei suoi significati che si considerano pacificamente validi ed accettabili sino a quel momento, sia portata al limite, e quindi si finisca per adottare una interpretazione minoritaria, marginale o dubbia. Può anche accadere, però, che anche questa esplorazione dei significati riconosciuti ma meno comuni della norma non sia sufficiente: in questo caso, bisogna passare alla interpretazione *creativa*, ossia all'individuazione di significati *nuovi* della norma, la cui configurazione è allora determinata direttamente dal fatto dalla cui importanza extragiuridica si sono prese le mosse.

Questo modo di procedere è, in realtà, molto più comune e frequente di quanto possa sembrare a prima vista. La categoria del “danno esistenziale” è solo un esempio recente di “invenzione” di un tipo di danno che prima non esisteva all'interno del campo di applicazione della responsabilità aquiliana, ma che è stato riconosciuto come pregiudizio autonomamente risarcibile a partire dal momento in cui dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a ritenere che *quel* pregiudizio – rilevante sotto il profilo individuale e sociale – dovesse essere qualificato giuridicamente come danno risarcibile. È chiaro, in questa vicenda, che la valutazione extragiuridica del pregiudizio è venuta *prima* della sua qualificazione giuridica, e che si è trattato di una interpretazione decisamente creativa delle norme del codice civile che prevedono la responsabilità da fatto illecito. Ma gli esempi possono essere innumerevoli: basta pensare a tutte le norme a fattispecie aperta, come ad esempio (ma non solo) quelle che contengono clausole generali o concetti indeterminati, ossia a tutte le norme che per essere applicate richiedono una *eterointegrazione*, per avere situazioni delle quali il significato della norma viene determinato di volta in volta in relazione a fatti la cui rilevanza è *prima di tutto* sociale, morale, economica o politica.

L'importanza delle circostanze del caso concreto viene sottolineata in modo particolarmente intenso, e quasi esclusivo, da varie correnti della filosofia giuridica postmoderna, dal femminismo alla *critical race theory*, secondo le quali la decisione giudiziaria dovrebbe essere essenzialmente *particularistica*, nel senso che dovrebbe prendere in considerazione *solo* le circostanze *particolari* del caso, come ad esempio la razza o il genere dei protagonisti. Peraltro, anche filosofi del diritto come Neil MacCormick hanno contestato la concezione richiamata in precedenza, secondo la quale la selezione dei fatti rilevanti avverrebbe in base a schemi normativi astratti (che sarebbero, a seconda dei casi, maschilisti, razzisti, o comunque formali e troppo lontani dalla realtà concreta dei fatti che hanno dato luogo alla controversia). Dunque non si dovrebbe far riferimento a modelli normativi generali e astratti, e si dovrebbero prendere in considerazione soltanto i *particulars* del caso specifico. Orientamenti come questi sono certamente apprezzabili in quanto danno luogo a comprensibili polemiche antiformalistiche (antimachiliste, antirazziste) e mettono in crisi i modelli tradizionali di decisioni

derivate dall'applicazione meccanica di norme generali, spesso fondate su pregiudizi consolidati e incapaci di rispecchiare valori ed esigenze che sono invece rilevanti dal punto di vista etico, sociale o politico. Tuttavia essi incontrano alcune difficoltà non trascurabili.

Da un lato, essi finiscono col dare per scontato ciò che non è, ossia che si conoscano *tutte* le circostanze del fatto di cui si tratta, il che non è a ragione della infinita varietà del reale e della infinita varietà delle possibili descrizioni di tale fatto; oppure presuppongono che si sappia *a priori* quali sono le circostanze che debbono essere selezionate come rilevanti, il che implica un evidente circolo vizioso, in assenza di criteri riconoscibili di selezione. Il tutto si riduce allora al richiamo a prendere in considerazione *alcune* circostanze che – come si è detto poc' anzi – si ritengono particolarmente importanti sulla base di criteri metagiuridici di valutazione.

Dall'altro lato, una concezione radicalmente particolaristica della decisione giudiziaria porta a concepire la giustizia della decisione esclusivamente in termini di "equità del caso concreto": ogni caso singolo ha i suoi *particulars* che lo definiscono e lo distinguono da qualunque altro caso concreto, e la decisione dovrebbe essere modellata esclusivamente sulle peculiarità di ogni caso specifico. Peraltro, una concezione di questo genere contrasta apertamente con l'esigenza di *universalizzabilità* della regola di decisione che viene applicata, come garanzia di uguale trattamento dei casi simili e di esclusione dell'arbitrio soggettivo del giudice insito in ogni decisione "caso per caso".

206

Tuttavia, mentre la versione radicale della concezione particolaristica non pare giustificata, nelle sue versioni più ragionevoli, e tali da non escludere il riferimento alle norme di diritto che regolano il caso, questa concezione è importante in quanto sottolinea che l'importanza sociale, morale o politica dei fatti rappresenta un criterio rilevante e necessario per la selezione delle circostanze che si prendono in considerazione: è in questo senso, invero, che il fatto così determinato può orientare l'attività interpretativa del giudice nel senso di attribuire alla norma un significato *giusto*, e non solo un significato formalmente valido e logicamente accettabile.

QUALE DECISIONE?

Queste considerazioni hanno preso le mosse dalla constatazione della inattendibilità del tradizionale modello sillogistico della decisione giudiziaria, ed hanno tentato di sottolineare alcune delle difficoltà e delle questioni che sorgono quando si prende in considerazione l'inevitabile importanza che il fatto ha nell'interpretazione della norma che ad esso viene applicata. A questo punto si tratta di vedere se l'interpretazione della legge è destinata a risolversi senza rimedio in un pulviscolo caotico di decisioni particolaristiche, ognuna delle quali fa storia a sé e

non ha nessuna connessione con le altre, o se tutto si risolve in una “semiosi illimitata” che rinvia all'infinito il gioco delle interpretazioni, ovvero se sia possibile immaginare un nuovo modello di “buon giudice” e di “buona decisione”. Forse una indicazione in questo senso è possibile, non però nel senso della costruzione di un modello logico formale da sostituire al modello sillogistico, quanto piuttosto nel senso di indicare alcune condizioni che dovrebbero essere rispettate per “decidere bene”.

Una prima condizione si individua considerando che l'apertura verso la dimensione ermeneutica dell'interpretazione non implica che il processo rinunci all'accertamento della verità dei fatti. Al contrario: è il fatto *vero in quanto provato* che indirizza nella direzione giusta l'interpretazione operativa della norma. Ne deriva allora la necessità di porre in atto i controlli che sono indispensabili per l'accertamento della verità, in ordine alle prove, al loro impiego corretto, alla razionalità della loro valutazione e alla validità logica ed epistemica delle inferenze probatorie. Ciò non viene meno se – come si è fatto più sopra – si parla di narrazioni e non di fatti empirici: è possibile, ed è anzi necessario nel processo, far riferimento a narrazioni vere e non soltanto a descrizioni narrativamente persuasive.

Una seconda condizione si individua considerando che l'apertura verso la dimensione ermeneutica dell'interpretazione non implica la rinuncia alla razionalità del ragionamento giudiziario. Anche sotto questo profilo emerge la necessità di controlli adeguati, che rinviano ai canoni della logica della *giustificazione*: ne deriva la necessità di motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di “buone ragioni” capaci di giustificare sia l'accertamento dei fatti sulla base delle prove, sia l'interpretazione delle norme secondo i canoni della interpretazione normativa.

Infine, il riconoscimento della natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione non implica la rassegnazione all'arbitrarietà e alla indifferenza delle scelte operate dagli interpreti ed in particolare dai giudici. Come si è tentato di mostrare, si possono individuare criteri riconoscibili e condivisibili che servono a controllare il fondamento delle scelte, sia che esse riguardino la selezione dei fatti rilevanti, sia che riguardino l'individuazione dell'interpretazione “giusta” delle norme. Si tratta da un lato, ancora una volta dei canoni dell'ermeneutica giuridica e del rispetto dei limiti dell'interpretazione, e dall'altro lato della verifica della congruenza tra il fatto (accertato) e la norma (interpretata) come premesse giustificate della decisione finale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- AMSTERDAM, A. G. Bruner, J., *Minding the Law*, Cambridge-London 2000.
 BORGES, J. L., *Otras inquisiciones*, Madrid 1998.
 BRUNER, J., *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge-London 2002.

- DI DONATO, F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*. Milano 2008.
- ECO, U., *Dall'albero al labirinto. Studi di storia sul segno e sull'interpretazione*, Milano 2007.
- ECO, U., *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 2.Aufl., Heidelberg 1960.
- FERRAJOLI, L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv.int.fil.dir.* 1966.
- FERRARIS, M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G.Vattimo, Bari 1998.
- FIANDACA, G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova 2009.
- GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004.
- HAACK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-London 1998.
- HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, tr.it., Napoli 2007.
- HOY, D., C. *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia ed ermeneutica filosofica*, tr.it., Bologna, 1990.
- LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
- LUZZATI, C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
- MINDA, G., *Teorie postmoderne del diritto*, tr.it., Bologna 2001.
- PASTORE, B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996.
- SCHAUER, F., *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, tr.it., Bologna 2008.
- TALEB, N.N., *The Black Swann. The Impact of the Highly Improbable*, New York 2007.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.
- The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed. by Z.Bankowski and J.MacLean, Aldershot 2006.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992.
- TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009.
- TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge 2006.
- VIOLA, F., Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 1999.

Data de recebimento: 09/10/2010

Data de aprovação: 20/11/2010