

**SAGGI
(ESSAYS)**

Quando gli esperti creano diritto: deferenza, opacità, legittimità

Damiano Canale*

Riassunto

Il saggio focalizza l'attenzione sulla deferenza prestata dai legislatori e dalle corti nei confronti degli esperti, evidenziando un fenomeno fino ad oggi non considerato in letteratura. Chiamo questo fenomeno "opacità del diritto". In particolare, il saggio distingue l'opacità delle disposizioni dall'opacità delle norme. Una disposizione è opaca se contiene termini o espressioni tecniche, incorporate nel testo su indicazione degli esperti, che sfuggono alla comprensione dei legislatori. Una norma è opaca, invece, se il suo contenuto viene implicitamente fissato dagli esperti in sede probatoria, sebbene tale contenuto non sia compreso dal giudice che alla norma dà applicazione. Quando le disposizioni o le norme diventano opache, la deferenza epistemica nei confronti degli esperti si trasforma in una forma di deferenza semantica, e gli esperti creano diritto nel senso che determinano il contenuto dei testi normativi. A partire da due casi giurisprudenziali, il saggio analizza l'origine di questo fenomeno e i suoi effetti problematici.

Parole chiave: Legislazione. Interpretazione. Deferenza semantica. Deferenza epistemica. legittimità.

* Dipartimento di Studi giuridici "Angelo Saffa", Università Bocconi, via Röntgen 1, 20136 Milano, damiano.canale@unibocconi.it.

Questo saggio è stato presentato presso il Dipartimento di Studi giuridici "Angelo Saffa", Università Bocconi, il 24 marzo 2022, e presso l'Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Università di Genova, il 7 settembre 2022. Sono grato ai partecipanti a questi seminari per i loro preziosi commenti critici. Una versione in lingua castigliana di questo saggio è stata accettata per la pubblicazione nel numero 30, 1/2022, della rivista *Discusiones*.

Abstract

The article focuses on the deference paid to experts by legislators and judges, highlighting a phenomenon hitherto not considered in the literature. I call this phenomenon “opacity of law”. In particular, the article distinguishes the opacity of legal provisions from the opacity of legal norms. A provision is opaque if it contains technical terms or expressions, incorporated into the text on the instructions of experts, that escape the understanding of the legislators. A norm is opaque, on the other hand, if its content is implicitly fixed by some experts in fact-finding, although that content is not understood by the judge who is called upon to apply the norm. When legal provisions or norms become opaque, epistemic deference to experts turns into semantic deference, and experts create new law in the sense that they establish the content of authoritative legal texts. Starting with two examples from case law, the article analyses the origin of this phenomenon, and its pernicious effects.

Keywords: Expert Knowledge. Legislation. Legal Interpretation. Epistemic Deference. Semantic Deference. Legitimacy.

0. Introduzione

Lo sviluppo scientifico e tecnologico ha reso ormai capillare il coinvolgimento degli esperti nei processi di produzione del diritto e di soluzione delle controversie. Sul primo versante, la redazione di qualsiasi legge o regolamento si avvale oggi della collaborazione di organismi tecnici il cui contributo viene considerato irrinunciabile per rendere i testi legislativi un mezzo idoneo a conseguire lo scopo perseguito dai legislatori, o per garantire una efficace implementazione delle policy di governo. Allo stesso tempo, sul versante della giurisdizione, il contributo degli esperti è diventato spesso determinante in sede probatoria ove l'accertamento dei fatti coinvolga conoscenze specialistiche che sfuggono alla competenza delle corti.

Il ruolo ineliminabile attribuito agli esperti nel diritto solleva tuttavia numerosi interrogativi che da tempo attraggono l'attenzione dei giuristi. Questi interrogativi riguardano l'indipendenza degli esperti, l'affidabilità dei loro pareri, come pure la pertinenza e rilevanza dei modelli esplicativi su cui tali pareri si fondano. Al contempo, in un numero crescente di situazioni gli esperti risultano in disaccordo tra loro, costringendo i legislatori o il giudice a compiere scelte relative alla “miglior scienza” che sfuggono alle loro competenze.

In questo saggio, concentrerò l'attenzione su un fenomeno che può manifestarsi nella comunicazione tra esperti e *legal decision-maker*; chiamerò questo fenomeno

“opacità del diritto”¹. In particolare, nel saggio distinguerò l’opacità delle disposizioni dall’opacità delle norme². Una disposizione diventa opaca quando contiene termini o espressioni tecniche, incorporate nel testo su indicazione degli esperti, che sfuggono alla comprensione dei legislatori (par. 2). Vedremo come questo tipo di opacità revoca in dubbio la legittimità delle disposizioni nel contesto degli ordinamenti democratico-costituzionali (par. 3). Una norma è opaca, invece, quando il suo contenuto viene implicitamente fissato dagli esperti in sede probatoria, sebbene tale contenuto non sia compreso dal giudice che alla norma dà applicazione (par. 4). Quando affligge le norme, l’opacità inibisce una serie di operazioni intellettuali e di scelte che il giudice è chiamato a compiere in sede di giudizio, rischiando di pregiudicare la tutela dei diritti e degli interessi in gioco nel caso concreto (par. 5). In entrambe le situazioni appena accennate, gli esperti creano diritto nel senso che determinano il contenuto dei testi normativi; un contenuto che sfugge invece alla comprensione dei soggetti istituzionali autorizzati a produrre e ad applicare il diritto.

1. Il caso della macchina del fumo

Per spiegare cosa intendo per disposizione opaca mi servirò di un esempio. Nel 2014 il Parlamento e la Commissione europea emanarono una direttiva per disciplinare la lavorazione, la presentazione e la vendita al pubblico dei prodotti derivati dal tabacco (Direttiva 2014/40/EU). L’obiettivo primario della disciplina, formulato all’art. 1, consiste nell’armonizzare le legislazioni degli Stati membri con riguardo ai limiti delle emissioni nocive delle sigarette, “nell’intento di agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani”. Questo obiettivo di tutela è ribadito nel preambolo (considerato 8), dove si

¹ Il termine ‘opacità’ verrà qui utilizzato nell’accezione proposta da Quine nella sua analisi dei contesti modali. Cfr. Quine 1953: 141 ss. Nel dibattito filosofico-giuridico, usi diversi di questo termine sono rinvenibili in Raz 2009: ch. 8, e Hass 2020; il termine ‘opacità’ ricorre inoltre nella caratterizzazione della conoscenza storica proposta da Taleb 2007: ch. 1, ed è di uso comune in molti altri contesti disciplinari. In questo saggio, tuttavia, mi atterrò all’uso canonico che il termine trova nel campo della filosofia del linguaggio a partire dalla seconda metà del secolo scorso.

² In questo saggio, il termine ‘disposizione’ si riferisce a qualsivoglia enunciato delle fonti del diritto; il termine ‘norma’ si riferisce invece a qualsiasi enunciato che esprime il contenuto linguistico di una disposizione. Su questa distinzione si vedano Pizzorusso 1977; Guastini 1990; Ferrajoli 2007: 217-223; Carcaterra 2011: 36. Sebbene alcuni autori descrivano le norme come il contenuto delle disposizioni, assumerò qui che tanto le disposizioni quanto le norme siano enunciati linguistici. In tal senso anche Guastini 2011: 65. Avremo inoltre modo di osservare che, dal punto di vista concettuale, l’opacità di una disposizione non implica l’opacità delle norme che ne esprimono il contenuto, né l’opacità di una norma implica quella della disposizione da cui è ricavata. Ciò giustifica un’analisi distinta di questi due fenomeni, sebbene essi siano strettamente correlati tra loro.

stabilisce che le legislazioni nazionali devono garantire “un livello di protezione della salute elevato, tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici”. I prodotti del tabacco, proseguono i legislatori, “non sono una merce comune e, in ragione degli effetti particolarmente dannosi del tabacco sulla salute umana, la protezione della salute merita un’attenzione particolare, soprattutto per ridurre la diffusione del fumo tra i giovani”. Sulla base di questi assunti, l’art. 3(1) stabilisce il livello massimo di emissioni di catrame, monossido di carbonio e nicotina di una sigaretta³. Successivamente, l’art. 4(1) stabilisce che

I livelli massimi di emissioni di catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette sono misurati, rispettivamente, sulla base della norma ISO 4387 per il catrame, della norma ISO 10315 per la nicotina e della norma ISO 8454 per il monossido di carbonio. L’esattezza delle misurazioni relative al tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio è determinata in base alla norma ISO 8243.

Vale la pena osservare che gli standard di misurazione richiamati nell’art. 4(1) erano stati precedentemente stabiliti, sotto forma di norme non vincolanti, dalla *International Organization for Standardisation* (ISO), vale a dire da un’organizzazione privata che riunisce tra loro un ampio numero di organismi di standardizzazione nazionali. Ciascuno standard è fissato da una commissione tecnica composta da esperti del settore così come da rappresentanti delle aziende produttrici di sigarette⁴. Il Parlamento e la Commissione europea hanno poi incorporato questi standard di origine privatistica all’interno della Direttiva 2014/40/EU. Va inoltre osservato che il contenuto degli standard richiamati dall’art. 4(1) non è liberamente accessibile al pubblico: gli standard ISO sono coperti da copyright e conoscibili solo mediante il pagamento di royalties. Detto altrimenti, la conoscenza degli standard ISO indicati dalla direttiva richiede competenze tecniche specialistiche possedute in via esclusiva da una organizzazione privata che stabilisce e amministra tali standard in modo indipendente. Dal momento che i membri del Parlamento e della Commissione europea non possedevano conoscenze specialistiche con riguardo alla misurazione delle sostanze chimiche emesse dalla combustione delle sigarette, i legislatori si sono affidati a un organismo tecnico di standardizzazione per formulare l’art. 4(1) della direttiva, e hanno incorporato le indicazioni di tale organismo all’interno della disposizione.

³ “I livelli di emissioni delle sigarette immesse sul mercato o prodotte negli Stati membri non superano rispettivamente: a) 10 mg di catrame per sigaretta; b) 1 mg di nicotina per sigaretta; c) 10 mg di monossido di carbonio per sigaretta” (Direttiva 2014/40/EU, art. 3(1)).

⁴ Nel caso delle emissioni dei prodotti da tabacco, gli standard ISO sono elaborati dalla Commissione Tecnica ISO/TC 126, attualmente presieduta dal prof. Wolf-Dieter Heller. Le proposte di standardizzazione elaborate dalla Commissione vengono sottoposte all’approvazione degli organismi ISO nazionali. La pubblicazione dello standard richiede l’approvazione da parte del 75% degli aventi diritto al voto. Si veda sul punto la norma ISO/IEC 17025:2018, cap. 3.

Questo modo di procedere appare, per un verso, ragionevole e legittimo. I legislatori hanno individuato degli standard tecnici condivisi per conseguire il fine della disciplina, convertendoli in direttive di condotta giuridicamente vincolanti. Più precisamente, i legislatori hanno delegato a un organismo tecnico il compito di fissare il contenuto dell'art. 4(1) al fine di facilitare il funzionamento del mercato interno e proteggere la salute dei consumatori. L'incorporazione degli standard ISO all'interno della disposizione è stata inoltre decisa da organi a ciò autorizzati dalle norme sulla produzione normativa, conformemente alla procedura da queste previste. Tuttavia, i membri degli organi di produzione normativa hanno emanato una disposizione il cui contenuto sfugge alla loro conoscenza e comprensione⁵. I membri del Parlamento europeo e della Commissione non conoscevano il contenuto degli standard ISO né i requisiti tecnici su cui questi si basano. Come mostrano i lavori preparatori della direttiva, tali standard non vennero esplicitati e discussi in seno alla Commissione e al Parlamento europeo in sede deliberativa, né è ragionevole ritenere che i membri degli organi di produzione normativa fossero comunque a conoscenza del loro contenuto, e in grado di comprendere le ragioni tecnico-scientifiche che giustificavano la loro adozione. I legislatori si sono limitati a riportare la denominazione di tali standard ('ISO 4387', 'ISO 10315', 'ISO 8454', 'ISO 8243') fornita dagli esperti all'interno del testo normativo, trattandoli come nomi propri o designatori rigidi⁶.

Chiameremo questo fenomeno "opacità delle disposizioni giuridiche". Una disposizione è opaca quando i membri di un organo di produzione normativa non conoscono, né hanno la competenza necessaria per comprendere, il contenuto della disposizione che l'organo emana. Più precisamente, i legislatori comprendono le componenti non-referenziali della disposizione, e sono in grado di fissare il riferimento di quest'ultima grazie alle indicazioni fornite dagli esperti. Essi tuttavia non hanno, né si preoccupano di acquisire, la competenza sufficiente per comprendere il contenuto inferenziale dei termini che fissano l'oggetto della disciplina e, quindi, il suo ambito di applicazione. Detto altrimenti, i legislatori scelgono di

⁵ Si potrebbe qui obiettare che al legislatore, in quanto entità collettiva, non possono essere imputati stati intenzionali come credenze, desideri, intenzioni, né dunque stati epistemici. Per una discussione di questo punto rinvio a Canale 2022. Al contempo, è irragionevole ritenere che i processi deliberativi e i loro risultati siano indipendenti dalle credenze e dalle intenzioni degli individui che partecipano ad essi. Cfr. Raz 2009: 274. Esula dagli obbiettivi di questo saggio discutere questo tema. Basti qui osservare che la conoscenza richiamata nel testo è di tipo semantico: essa concerne il contenuto delle espressioni linguistiche che compongono le disposizioni giuridiche, e può essere imputata ai membri degli organi di produzione normativa e non al legislatore in quanto entità collettiva. Il termine 'legislatori' verrà quindi utilizzato per riferirsi agli agenti cognitivi che compongono un organo di produzione normativa.

⁶ Secondo Kripke, un designatore rigido è un termine che si riferisce a un individuo a prescindere dalle descrizioni che associamo ad esso: è il riferimento a fissare cioè il contenuto del termine, anche nel caso tale contenuto non sia conosciuto da chi usa il termine. Vedi Kripke 1980: cap. 1.

non conoscere e comprendere il senso del testo che emanano⁷. Nel nostro caso, l'art. 4(1) è stato promulgato alla cieca, senza accertare il contenuto degli standard tecnici incorporati nella disposizione, senza verificare se questi costituiscano o meno un mezzo idoneo per conseguire il fine della direttiva, o entrino in conflitto con altre norme dell'ordinamento europeo, comportando la violazione, ad esempio, del *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* (TFUE) e della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* (CDFUE).

Questi profili problematici arrivarono all'attenzione pubblica nel 2018, quando alcune associazioni di consumatori olandesi presentarono un'istanza alla *Food and Product Safety Authority* (NVWA) affinché questa assicurasse che le sigarette offerte sul mercato rispettassero i livelli di emissione previsti dall'art. 3(1) della Direttiva 2014/40/EU. Le associazioni chiesero inoltre che le sigarette che oltrepassavano tali limiti fossero ritirate dal mercato. Queste richieste trovavano giustificazione in uno studio pubblicato dal *National Institute for Public Health and the Environment* (RIVM), in base al quale le sigarette vendute in Olanda superavano in misura rilevante i limiti imposti dalla direttiva. Il metodo di misurazione indicato dagli standard ISO si avvale infatti di una "macchina del fumo", uno strumento che registra i livelli di catrame, nicotina e monossido di carbonio emessi da una sigaretta durante la combustione. Questo strumento non tiene tuttavia conto del fatto che quando una sigaretta viene fumata da una persona in carne ed ossa, le dita e le labbra del fumatore chiudono i piccoli fori contenuti nel filtro. Questi fori hanno la funzione di permettere all'aria pulita di passare attraverso il filtro e di mescolarsi col fumo, riducendo così la quantità di sostanze nocive aspirate. Secondo lo studio del RIVM, la macchina del fumo, regolata conformemente agli standard ISO previsti dall'art. 4(1), registra una quantità di emissioni fino a 20 volte minore rispetto a quelle effettivamente prodotte proprio perché non riproduce fedelmente la modalità in cui la sigaretta testata viene fumata nell'uso quotidiano.

La NVWA rigettò tuttavia l'istanza. Le associazioni dei consumatori si rivolsero dunque alla Corte Distrettuale di Rotterdam, la quale richiese un giudizio preliminare alla Corte di Giustizia Europea (CGUE) con riguardo alla validità e all'interpretazione degli art.li 3 e 4 della Direttiva 2014/40/EU. In particolare, i giudici olandesi osservarono che in base all'art. 4(1), le emissioni delle sigarette devono essere testate sulla base di standard ISO che non sono liberamente accessibili al pubblico. Questo metodo di regolazione è conforme ai requisiti di pubblicità degli atti legislativi dell'Unione Europea?

⁷ Per un'analisi più dettagliata del fenomeno dell'opacità dal punto di vista della filosofia del linguaggio, mi permetto di rinviare a Canale 2021. L'opacità di un testo normativo deriva dalla dissociazione tra la competenza referenziale del parlante e la sua competenza inferenziale nell'uso del linguaggio. Cfr. *ivi*, § 4. Grazie alle indicazioni degli esperti, il legislatore (e il giudice) sono in grado di fissare il riferimento di un termine o espressione tecnica incorporata in un enunciato normativo anche se non ne comprendono il senso. Questo perché i soggetti istituzionali non padroneggiano l'insieme di inferenze che caratterizzano l'uso di quel termine o espressione all'interno del contesto linguistico in cui gli esperti operano. Sulla nozione di competenze linguistica inferenziale vedi Marconi 1999.

In secondo luogo, muovendo dallo studio della RIVM, la corte si chiese se gli standard ISO incorporati nel testo pregiudicassero seriamente il fine perseguito dalla direttiva, espresso nell'art. 1 e nel preambolo, vale a dire la protezione della salute dei consumatori con particolare riguardo alla tutela dei minori. Se così fosse, gli standard ISO incorporati nell'art. 4(1) sarebbero in conflitto con l'art. 114(3) TFUE, così come con gli art.li 24(2) e 35 CDFUE⁸.

La *Grand Chamber* della CGUE rispose a queste e ad altre domande poste dalla corte di Rotterdam nella decisione *Stichting Rookpreventie Jeugd* (C-160/20) del 22 febbraio 2022. In sintesi, la CGUE affermò che l'incorporazione nel diritto dell'Unione Europea di standard redatti da organismi tecnici privati non pregiudica la validità della disciplina, qualora tali standard siano chiari, precisi e prevedibili nei loro effetti. In secondo luogo, la Direttiva 2014/40/EU non viola i principi di pubblicità e certezza del diritto dal momento che gli standard ISO sono conoscibili da parte degli interessati mediante richiesta alle autorità nazionali competenti. Ai nostri fini, tuttavia, l'aspetto più rilevante della decisione riguarda la validità e l'interpretazione dell'art. 4(1) della direttiva.

In merito a questi aspetti, la corte innanzitutto osserva che “Secondo una giurisprudenza costante, nell'interpretare una disposizione del diritto dell'Unione, occorre tener conto non solo dei termini di tale disposizione secondo il loro significato abituale nel linguaggio corrente, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui fa parte”⁹. Le direttive interpretative applicate dalla CGUE sono dunque l'interpretazione letterale, l'interpretazione sistematica contestuale, e l'interpretazione teleologica¹⁰. Con riguardo alla lettera del testo, la corte si pronuncia nel modo seguente:

Risulta, anzitutto, dai termini dell'articolo 4, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/40, in particolare dall'espressione “sono misurate” impiegata in tale disposizione, che quest'ultima rinvia in modo imperativo alle norme ISO 4387, 10315 e 8454 al fine di misurare le emissioni, rispettivamente, di catrame, nicotina e monossido di carbonio e che esso non

⁸ L'art. 114(3) TFUE recita come segue: “La Commissione, nelle sue proposte [...] in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo”. L'art. 24(2) CDFUE prevede inoltre che “In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente”. L'art. 35 CDFUE recita infine come segue: “Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”.

⁹ *Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid* (C-160/20), n. 29.

¹⁰ Con riguardo ai contenuti di queste direttive interpretative, mi permetto di rinviare a Canale e Tuzet 2021: 113 ss. e 149 ss.

menziona alcun altro metodo di misurazione. È altresì in termini imperativi che il secondo comma di detto articolo 4, paragrafo 1, precisa che l'esattezza di tali misurazioni è determinata in base alla norma ISO 8243¹¹.

L'interpretazione sistematica co-testuale conferma, ad opinione della corte, l'esito dell'interpretazione letterale¹². Con riguardo, infine, all'interpretazione teleologica, la corte osserva che la direttiva persegue “un duplice obbiettivo, consistente nell'agevolare il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati, sulla base di un livello elevato di protezione della salute umana, soprattutto per i giovani”¹³. Secondo la corte, “il fatto di ricorrere unicamente ai metodi previsti dalle norme ISO menzionate in tale articolo 4, paragrafo 1 [...], risponde [all']obbiettivo di buon funzionamento del mercato interno in quanto garantisce che l'accesso delle sigarette al mercato dell'Unione e la loro produzione nell'Unione non saranno impediti a causa dell'applicazione di metodi diversi di misurazione dei livelli di tali sostanze negli Stati membri”¹⁴. In merito al secondo obbiettivo della direttiva, inoltre, i giudici affermano quanto segue:

Occorre rilevare che il giudice del rinvio non indica i principi di base della direttiva 2014/40 alla luce dei quali dovrebbe essere esaminata la validità dell'articolo 4, paragrafo 1, di tale direttiva [...]. Orbene, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in relazione agli *elementi di cui il legislatore dell'Unione disponeva alla data dell'adozione della normativa di cui trattasi* [...]. Poiché gli studi e gli altri documenti di cui al punto 21 della presente sentenza sono tutti successivi al 3 aprile 2014, data di adozione della direttiva 2014/40, essi non possono essere presi in considerazione ai fini della valutazione della validità dell'articolo 4, paragrafo 1, di tale direttiva¹⁵.

¹¹ *Stichting Rookpreventie Jeugd vs. Staatssecretaris van Volksgezondheid (C-160/20)*: n. 30. A ben vedere, la corte non utilizza qui un argomento interpretativo di tipo letterale quanto piuttosto un argomento a contrario: la corte ricava dalla disposizione una norma inespressa di contenuto opposto, la quale vieta ai legislatori nazioni di adottare metodi di misurazione delle emissioni nocive diversi dagli standard ISO indicati nel testo.

¹² “Atteso che il Considerando 11 di detta direttiva sottolinea che per misurare il tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette è opportuno fare riferimento [alle pertinenti norme ISO] riconosciute a livello internazionale, occorre considerare che il contesto in cui si inserisce l'articolo 4, paragrafo 1, della succitata direttiva tende a confermare che tale disposizione prevede, in modo imperativo, l'applicazione esclusiva di dette norme” (*ivi*: n. 31).

¹³ *Ivi*: n. 32.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*: nn. 55, 67 e 68, corsivo mio. Il ragionamento della CGUE appare qui sorprendente. In primo luogo, la corte remittente aveva indicato le disposizioni gerarchicamente sovraordinate sulla base delle quali valutare la validità della direttiva (TFUE, art. 114; CDFUE, art.li 24 e 35). In secondo luogo, il criterio secondo cui “la validità di un atto dell'Unione deve essere valutata in relazione agli elementi di cui il legislatore dell'Unione disponeva alla data dell'adozione della normativa” è in conflitto col fine perseguito dalla direttiva. Il legislatore aveva infatti precisato che il livello di protezione dai pericoli del fumo va determinato “tenuto conto in particolare degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri sci-

Muovendo da queste considerazioni, i giudici conclusero che gli standard di misurazione ISO previsti dall'art. 4(1) sono vincolanti ed esclusivi, che il loro contenuto è chiaro, preciso e prevedibile, e che non sussiste alcuna antinomia, rilevabile dalla corte, tra l'art. 4(1) e altre norme dell'ordinamento dell'Unione Europea.

Ci si potrebbe a questo punto chiedere: l'argomentazione della corte è convincente? Ci sono numerose ragioni per ritenere che non lo sia. A ben vedere, l'art. 4(1) della Direttiva 2014/40 è una disposizione che rinvia ad altre disposizioni, ovverosia agli standard ISO 4387, ISO 10315, ISO 8454 e ISO 8243. I giudici, in sede decisionale, non si sono tuttavia preoccupati di accertare il contenuto di tali standard, né se essi costituiscono un mezzo idoneo per conseguire il fine della disciplina. Inoltre, la corte si è astenuta dal valutare la validità dell'art. 4(1) alla luce dei principi fissati dall'art. 114 del Trattato e dagli art.li 24 e 35 del Carta, come pure di verificare se sussistono antinomie con altre norme contenute nella direttiva. I giudici hanno piuttosto attribuito un peso prioritario all'interpretazione letterale del testo¹⁶. Ma l'interpretazione letterale di una disposizione di rinvio richiede che il giudice determini il contenuto delle disposizioni rinviate, ponendolo poi in relazione col testo di partenza; operazioni che la corte non ha compiuto. I giudici hanno piuttosto trattato le disposizioni a cui l'art. 4(1) rinvia come nomi propri o designatori rigidi ('ISO 4387', 'ISO 10315', 'ISO 8454', 'ISO 8243'), rendendo opaco il contenuto di tale articolo. Ma quando una disposizione diventa opaca, l'interpretazione letterale si risolve in un atto di deferenza, con riguardo ai suoi contenuti, nei confronti degli esperti che hanno redatto il testo, le cui prescrizioni tecniche risultano sottratte alla conoscenza e alla valutazione dei giudici. Non si può infatti sostenere che una disposizione è stata interpretata dal giudice in modo conforme alla lettera del testo se il giudice non conosce e comprende il contenuto della disposizione, o quello delle disposizioni a cui essa rinvia. L'interpretazione letterale di una disposizione opaca si risolve piuttosto nella rinuncia, da parte del giudice, ad operare qualsiasi attività interpretativa, delegando agli esperti la determinazione del contenuto dei testi normativi¹⁷. Quando questo accade, la deferenza epistemica nei confronti degli

entifici" (Direttiva 2014/40/EU, Considerato 8). Se dunque le indagini condotte dal RIVM dimostrano scientificamente l'inadeguatezza degli standard di misurazione ISO prescritti, tale scoperta va considerata ai fini dei giudizi di non-contraddittorietà, proporzionalità e validità della disposizione.

¹⁶ Per interpretazione letterale intendo qui, così come inteso dalla Corte di Giustizia Europea, l'interpretazione conforme alle regole della lingua.

¹⁷ A ben vedere, la cosiddetta "interpretazione decisoria", compiuta dal giudice in sede di giudizio, si compone di due atti decisionali concettualmente distinti: 1) decisione del contenuto (significato) della disposizione; 2) decisione che il contenuto della disposizione è la norma che disciplina il caso. Quando una disposizione non è opaca, il giudice compie entrambi gli atti decisionali, al punto che la distinzione appena proposta risulta pleonastica. Quando invece una disposizione diventa opaca, il contenuto della disposizione viene deciso dagli esperti, mentre il giudice decide che quel contenuto è la norma che disciplina il caso. Sotto il profilo linguistico, infatti, il giudice non può decidere un contenuto che non conosce e comprende, mentre può decidere che quel contenuto (utilizzato come un designatore rigido) svolge il

esperti si converte in deferenza semantica¹⁸: sono gli esperti a determinare il contenuto linguistico delle disposizioni normative, un contenuto che resta non noto a chi è chiamato a dare ad esso applicazione. Ne segue che il giudice decide alla cieca, rischiando di pregiudicare la tutela dei diritti e degli interessi coinvolti.

2. Opacità delle disposizioni e legittimità

L'esempio appena considerato mostra chiaramente come l'opacità sia un fenomeno che affligge la comunicazione linguistica tra operatori giuridici istituzionali, da un lato, ed esperti, dall'altro. Nel caso della "macchina del fumo", il diritto diventa opaco perché i legislatori incorporano nelle disposizioni termini o espressioni tecniche il cui contenuto sfugge alla loro conoscenza e comprensione, senza interrogarsi sugli effetti che tale incorporazione può provocare. In situazioni come questa, il contenuto del diritto viene determinato da organismi tecnico-scientifici che operano al di fuori del circuito democratico-costituzionale. L'autorità epistemica riconosciuta agli esperti, alla quale il diritto non può rinunciare, si converte cioè in un potere indiretto di produzione normativa sottratto ai meccanismi istituzionali di controllo propri di uno Stato di diritto¹⁹.

Quanto fin qui osservato chiama in causa il più ampio dibattito attorno alla cosiddetta *regulatory science*. Come accennato in apertura, in moltissimi settori dell'ordinamento le conoscenze sviluppate in ambito tecnico e scientifico orientano i processi di *policy making* grazie all'apporto fornito da agenzie, autorità indipendenti, comitati tecnici, organizzazioni private²⁰. Questi organismi forniscono ai *decision-maker* istituzionali ragioni per modificare le loro credenze con riguardo alle caratteristiche delle condotte da disciplinare e alle conseguenze attese di tale disciplina. Queste ragioni epistemiche – che assumono la forma di pareri, raccomandazioni, studi, ecc. – acquistano spesso, tuttavia, una valenza pratica, trasformandosi in ragioni per agire di tipo strumentale. Più precisamente, esse svolgono il ruolo di premesse nel ragionamento pratico dei *decision-maker*, indicando i mezzi necessari per raggiungere i loro fini. Quando il diritto diventa opaco, tuttavia, non solo accade che le ragioni epistemiche degli esperti si convertano in ragioni per agire, ma anche che tali ragioni risultino sottratte alla conoscenza e alla comprensione degli operatori giuridici istituzionali che le utilizzano per indirizzare e giustificare le loro scelte.

ruolo di norma, e dare alla norma applicazione grazie al contributo degli esperti.

¹⁸ Sulla distinzione tra deferenza epistemica e deferenza semantica, e sull'indebita commistione tra di esse nella prassi giuridica, rinvio a Ubertone 2022.

¹⁹ Cfr. Takema 2021.

²⁰ Su questo fenomeno vedi, per tutti, Jasanoff 1990; Ambrus 2014; Arcuri e Coman-Kund 2021.

Questo perché, in caso di opacità, i *decision-maker* non acquistano la competenza di tipo inferenziale sufficiente per comprendere il contenuto delle espressioni linguistiche che fissano il riferimento delle disposizioni da essi prodotte.

Quando questo accade, l'autorità *de facto* esercitata dagli esperti può essere considerata legittima dal punto di vista giuridico? Non è facile rispondere a questo interrogativo, non da ultimo perché il termine 'legittimità' è ambiguo nel dibattito filosofico-giuridico. Ciò dipende dal fatto che tale termine è di uso comune in molteplici discipline – dalla sociologia alla teoria generale del diritto, dall'antropologia alla filosofia politica – e ciascuna di esse gli attribuisce contenuti in parte diversi²¹. Senza entrare nell'intricato dibattito attorno a questo tema, proverò brevemente a distinguere tre diverse concezioni della legittimità giuridica, e la risposta che ciascuna di esse fornisce al problema che stiamo considerando.

2.1. Legittimità in senso formale

In base a una concezione formale della legittimità, un soggetto esercita legittimamente un potere pubblico se è a ciò autorizzato da una norma che gli attribuisce tale potere. Dal punto di vista politico, questo modo di intendere la legittimità affonda le sue radici nel principio del consenso: le direttive di un'autorità pubblica sono legittime soltanto se i cittadini hanno espresso il consenso all'esercizio di tale autorità²². Le norme che attribuiscono poteri garantiscono la trasmissione del consenso in modo tale che la volontà dell'autorità si identifichi, grazie al meccanismo della rappresentanza politica, con la volontà degli individui ad essa assoggettati²³. Sotto il profilo giuridico, pertanto, una disposizione è legittima se è formalmente valida, ovvero se è conforme alle norme che ne disciplinano la produzione²⁴. Nel caso dunque gli esperti non siano autorizzati a formulare disposizioni normative ma essi, nondimeno, esercitano *de facto* un potere di produzione normativa, l'esercizio di tale potere è illegittimo²⁵. Questa risposta è tuttavia troppo affrettata. Riconsideriamo nuovamente il caso della "macchina del fumo": da un punto di vista formale, l'art. 4(1) della Direttiva 2014/40/EU è stato emanato, secondo le procedure previste, dal Parlamento e dalla Commissione Europea, vale a dire dagli organi autorizzati a esercitare il potere di produzione normativa nell'ordinamento dell'Unione Europea.

²¹ Hanno sottolineato questo aspetto, tra gli altri, Bobbio 2012: 66; Lanchester 1998: 550.

²² Vedi Simmons 2001; Dyzenhaus 2010.

²³ Cfr. Duso 1993: 13.

²⁴ Guastini 1992: 179.

²⁵ Giova ricordare che, quando una disposizione diventa opaca, gli esperti esercitano un'autorità di produzione normativa indiretta o *de facto* perché fissano il contenuto della disposizione, sebbene questo non sia conosciuto e compreso dai membri dell'organo che la emana. Vedi sul punto la nota 17. Tuttavia, quanto gli esperti operano nel contesto dell'attività amministrativa (ad esempio in un'agenzia pubblica), la loro autorità cessa di essere *de facto* per diventare *de jure*, attivando una serie di norme relative al procedimento amministrativo che riconfigurano le condizioni di legittimità del loro operato.

Il contributo degli esperti alla redazione della disposizione ha un carattere non vincolante, informale e indiretto, che può rilevare dal punto di vista sociologico e politico ma non certo dal punto di vista giuridico. Ciò è stato confermato dalla Corte di Giustizia Europea, che ha giudicato valide le disposizioni normative che includono standard tecnici anche se tali standard vengono stabiliti da organismi privati. Se l'incorporazione di tali standard è operata da un soggetto autorizzato a produrre norme, la loro validità e legittimità giuridica è garantita a prescindere da qualsivoglia ulteriore considerazione. Ci si potrebbe tuttavia chiedere: se i membri dell'organo a cui una norma attribuisce il potere di emanare norme non comprendono il testo che emanano, né hanno la competenza per farlo, può tale organo essere ritenuto l'*autore* di questo testo? Allo stesso modo, nel caso un organismo tecnico venga delegato a esercitare un potere di produzione normativa, l'esercizio di tale potere è legittimo qualora il contenuto dell'atto non sia compreso dal soggetto delegante e dagli organi di controllo? Ora, si potrebbe sostenere che in base alla concezione che stiamo esaminando, l'esercizio legittimo di un potere di produzione normativa prescinda *in toto* dai contenuti delle direttive prodotte, sia che tale potere venga esercitato in via diretta oppure indiretta (o delegata). Tuttavia, risulta irragionevole imputare un atto di produzione normativa a un soggetto che non conosce e comprende il contenuto di tale atto, così come irragionevole è qualsiasi delegazione di potere qualora l'esercizio di detto potere non sia suscettibile di limitazione e controllo. Nel primo caso, la direttiva di condotta non può essere descritta come l'espressione della volontà dell'autorità che l'ha emanata, né dunque come un mezzo per perseguire il fine politico di quest'ultima. Stando così le cose, il contenuto della direttiva, qualunque esso sia, non è suscettibile di una giustificazione imputabile all'autorità legittima. Nel secondo caso, l'atto di delegazione si trasforma in una "delega in bianco" i cui confini non possono essere determinati da chi esercita, in via originaria, il potere di produzione normativa. Ma se l'autorità delegante non è in grado di fissare i limiti dell'esercizio del potere delegato, né tale esercizio è suscettibile di controllo da parte di un'altra autorità legittima, ne segue che l'atto di delegazione entra in conflitto col principio di legalità²⁶.

2.2. Legittimità in senso sostanziale

In base a una concezione sostanziale, la legittimità di una disposizione dipende dal suo contenuto, ovverosia dalla norma che la disposizione esprime. La legittimità sostanziale viene tradizionalmente concepita in due modi. Secondo una prima acce-

²⁶ In base al principio di legalità, il legislatore ha l'obbligo di disciplinare *compiutamente* i poteri conferiti ad altri organi (tipicamente, i poteri di governo e della pubblica amministrazione): spetta cioè al legislatore predeterminare i contenuti di tali poteri, o perlomeno fissare i limiti del loro esercizio. Si veda sul punto Guastini 1994: 88-89. Nel caso le disposizioni dell'autorità delegata siano opache, tuttavia, la disciplina dei poteri conferiti dal legislatore, quand'anche fosse presente, risulta inefficace.

zione, una disposizione è legittima se il suo contenuto non è in conflitto con quello delle disposizioni ad essa gerarchicamente sovraordinate (*legittimità sostanziale in senso stretto*). In questa accezione, una disposizione è dunque legittima non solo se è valida in senso formale ma anche se lo è in senso sostanziale, vale a dire se è conforme alle norme ad essa sovraordinate²⁷. Nel caso di disposizioni opache, tuttavia, chi esercita un'autorità legittima non è in grado di determinare se tale conformità sussista o meno, poiché i contenuti della disposizione sono per lui epistemicamente inaccessibili. L'opacità delle disposizioni non consente dunque un controllo di legittimità e ne preclude anzi l'esercizio. Da ciò segue che una disposizione opaca non è di per sé illegittima; lo diventa qualora il suo contenuto sia in conflitto con quello delle norme ad essa sovraordinate. Tuttavia, l'opacità costituisce un problema perché inibisce l'accertamento dell'illegittimità sostanziale in senso stretto, dal momento che i contenuti di una disposizione opaca sfuggono, per definizione, alla conoscenza e alla comprensione dei soggetti istituzionali²⁸.

In base a una concezione della legittimità sostanziale *in senso ampio*, invece, a determinare la legittimità di una disposizione sono le ragioni di tipo morale, politico, sociale che giustificano i suoi contenuti. Nel dibattito odierno, la versione più nota di questo approccio è stata delineata da Joseph Raz. Secondo Raz, un atto legislativo e i suoi risultati sono legittimi se realizzano gli interessi dei loro destinatari intesi come soggetti autonomi²⁹. Ciò si verifica a due condizioni: (1) le ragioni che giustificano le scelte dell'autorità riflettono le ragioni sottostanti dei destinatari, vale a dire i loro interessi (*dependence thesis*); (2) è più probabile che i destinatari vedano soddisfatti i loro interessi seguendo le direttive dell'autorità piuttosto che agendo in modo difforme (*normal justification thesis*). Se adottiamo questa prospettiva, si potrebbe ad un primo sguardo ritenere che una disposizione opaca non possa soddisfare tali requisiti. In caso di opacità, l'organo che esercita un potere di produzione normativa non è infatti in grado di comprendere il contenuto delle proprie direttive, un contenuto che è fissato di fatto dagli esperti. Pertanto, tale organo non sa se le ragioni che giustificano la disposizione riflettono gli interessi sottostanti dei suoi destinatari, né se è più probabile che tali interessi vengano soddisfatti laddove i contenuti della disposizione vengano seguiti e applicati. Il "deficit cognitivo" di chi esercita un potere di produzione normativa rederebbe cioè illegittimi i suoi provvedimenti.

²⁷ Guastini chiama questo tipo di legittimità "validità in senso pieno". Vedi Guastini 1992: 179.

²⁸ In astratto, l'opacità potrebbe giustificare la nullità della disposizione per impossibilità da parte del giudice di determinare quali condotte rientrino nel suo ambito di applicazione. Questa tesi ha forti analogie con la dottrina dell'*unconstitutional vagueness* elaborata in ambito statunitense: si potrebbe cioè sostenere che una disposizione o un norma opaca sono di fatto *unenforceable* da parte del giudice e, comunque, troppo difficili da comprendere per il cittadino. Esse potrebbero essere dunque dichiarate "void for opacity". Si veda sul punto *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983); *Federal Communications Commission v. Fox Television Stations*, 567 U.S. 239 (2012).

²⁹ Vedi Raz 1986: 46 ss.; Raz 1994: 357 ss.

Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una conclusione affrettata. Abbiamo visto come gli esperti esercitino innanzitutto una autorità epistemica: essi forniscono ragioni per credere e non ragioni per agire. La loro autorità acquista un carattere pratico nel momento in cui tali ragioni fungono da premesse nei ragionamenti pratici che indirizzano e giustificano le scelte d'azione di chi esercita un'autorità giuridica. Potrebbe dunque accadere che le ragioni che giustificano una disposizione opaca riflettano gli interessi sottostanti dei suoi destinatari, anche se i legislatori o il giudice non lo sanno. Di più: potrebbe accadere che grazie a una disposizione opaca i destinatari realizzino i loro interessi meglio di quanto non accadrebbe qualora agissero sulla base di ragioni diverse. Detto altrimenti, il deficit cognitivo del legislatore non pregiudica, necessariamente, la legittimità sostanziale in senso lato dei suoi atti. In molte occasioni sembra valere anzi il contrario. Il ricorso al parere degli esperti è infatti giustificato dalle loro competenze epistemiche, di cui i soggetti istituzionali non dispongono e che sono indipendenti da considerazioni di tipo politico, giuridico, morale. L'opacità delle disposizioni, se osservata da questo angolo visuale, può essere dunque considerata come il risultato di un ragionevole atteggiamento di deferenza da parte dei legislatori nei confronti degli esperti, o addirittura come una garanzia contro l'ingerenza del potere legislativo in questioni di tipo conoscitivo. Questo perché l'opacità delle disposizioni impedisce che l'autorità giuridica di chi esercita poteri di produzione normativa si trasformi in autorità epistemica, determinando, su base politica o morale, cosa siamo giustificati a credere o, addirittura, il valore di verità di enunciati fattuali. Se osservato da questa prospettiva, pertanto, il contributo fornito dagli esperti ai processi di produzione normativa aumenta il grado di legittimità sostanziale in senso ampio delle disposizioni, e non invece il contrario³⁰. Questo è per altro coerente con la considerazione di senso comune secondo cui, di fronte a questioni complesse, è preferibile affidarsi alla competenza degli esperti piuttosto che alle scelte della maggioranza politica di turno.

Come abbiamo osservato nel caso della “macchina del fumo”, tuttavia, nel momento in cui una disposizione diventa opaca, le ragioni epistemiche che ne giustificano l'adozione acquistano un carattere “escludente”³¹. Le credenze e le ragioni

³⁰ Nella prospettiva di Thomas Christiano, questa divisione del lavoro nei processi di produzione normativa è coerente con uno sviluppo virtuoso dei regimi democratici contemporanei. Ai cittadini, mediante i loro rappresentanti, spetta individuare i fini non strumentali delle politiche pubbliche, mentre agli esperti spetta il compito di individuare i mezzi più adeguati per conseguire tali fini. Vedi Christiano 2012: 33. Per una critica a questo modello, e alla rigida distinzione tra mezzi e fini su cui si fonda, vedi tuttavia Lafont 2020: 177 ss. Un punto di vista diametralmente opposto a quello di Christiano è difeso dal movimento CrawlLaw, il quale promuove una legislazione partecipativa “dal basso”, resa possibile dalle tecnologie digitali, al fine di migliorare la qualità della legislazione senza far ricorso all'ausilio di esperti. Vedi Alsina e Martí 2018.

³¹ Secondo Linda Zagzebski, tutte le ragioni epistemiche hanno un carattere “escludente” (*pre-emptory*): se un'autorità epistemica crede che p , è razionale credere che p a prescindere da qualsivoglia ragione rilevante che precedentemente avevamo riguardo a p . Cfr. Zagzebski 2012. Per una discussione

degli esperti chiamati a partecipare al processo di produzione normativa si sostituiscono non solo a quelle dei soggetti istituzionali ma anche a quelle di altri esperti, impedendo che eventuali ragioni epistemiche concorrenti vengano prese in considerazione. Ma la promulgazione di una disposizione opaca non costituisce, di per sé, una garanzia con riguardo all'autorità epistemica degli esperti che l'hanno formulata. Gli esperti che collaborano al processo di produzione normativa potrebbero non essere imparziali, il loro parere potrebbe essere inaffidabile, e i modelli conoscitivi su cui tale parere si fonda potrebbero essere inattendibili o controversi. Nel caso la legittimità sostanziale di una disposizione venga concepita in senso ampio, pertanto, essa dipende, in ultima istanza, dall'imparzialità, dall'accuratezza, dall'affidabilità del parere degli esperti, e dunque dal modo in cui i soggetti istituzionali acquisiscono le ragioni epistemiche necessarie per compiere scelte legislative e di politica pubblica. Questo problema chiama in causa una terza concezione della legittimità, di cui è arrivato il momento di occuparci brevemente.

2.3. Legittimità in senso procedurale

Secondo questa concezione, sono le procedure che regolano la creazione delle disposizioni a determinare la loro legittimità o illegittimità. Se osservata da questo angolo visuale, pertanto, la legittimità non dipende da *chi* emana la disposizione né da *cosa* quest'ultima prescrive, come invece accade, rispettivamente, nelle concezioni formali e sostanziali. La legittimità dipende piuttosto da *come* la disposizione viene creata, a prescindere da ogni altra considerazione³². Nei sistemi giuridici democratico-costituzionali contemporanei, i requisiti procedurali della legittimità sono, da un lato, l'uguale considerazione delle opinioni e degli interessi di tutti i cittadini e, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali, in particolare contro gli abusi che possono derivare dall'applicazione del principio di maggioranza³³. Ora, è facile notare come il contenuto delle disposizioni opache non si presti a essere descritto né come l'aggregazione delle preferenze individuali dei rappresentanti³⁴, né come il risultato di una deliberazione pubblica³⁵, dal momento che il contenuto di queste

critica di questa tesi vedi tuttavia Jäger 2016.

³² Secondo Rawls, ad esempio, la legittimità di un provvedimento normativo non dipende da criteri indipendenti dalla procedura che conduce alla sua emanazione. Cfr. Rawls 1999: 75. Cfr. anche Freeman 2000 e Estlund 2009: 69. Se così stanno le cose, la procedura rilevante ha "carattere costitutivo" della legittimità di ciò che ne costituisce il risultato. Cfr. Celano 2002: 110.

³³ Vedi, per tutti, Habermas 1996: cap. 7.

³⁴ Cfr. Waldron 1999: 84-85. L'idea secondo cui una disposizione è legittima se costituisce il risultato dell'aggregazione delle preferenze dei rappresentanti, presuppone una concezione liberale dello Stato quale custode dei diritti individuali in una società fondata sulla contrattazione privata. Vedi su questo punto Held 1987.

³⁵ Cfr., ad esempio, Christiano 2004: 142 ss. Una concezione deliberativa della democrazia concepisce la legittimità delle disposizioni legislative in termini "repubblicani": la legge è lo strumento me-

disposizioni non è noto ai membri dell'organo legislativo. Una disposizione opaca è piuttosto il risultato di un atto compiuto da un organo tecnico a cui il legislatore ha implicitamente delegato un potere di produzione normativa. In caso di opacità, inoltre, l'esercizio di tale potere è sottratto a qualsiasi forma di controllo istituzionale. Come abbiamo visto nel caso della "macchina del fumo", le disposizioni opache vengono trattate come designatori rigidi il cui riferimento è fissato dagli esperti, sebbene il loro contenuto non sia conosciuto e compreso dai soggetti istituzionali. Questo esime i legislatori e i giudici dal valutare se il contenuto di una disposizione opaca violi o meno i diritti fondamentali dei cittadini o entri in conflitto con altre norme dell'ordinamento.

Si potrebbe a ciò replicare che il contributo degli esperti alla redazione delle disposizioni si limita ad aumentare la "sensibilità alla verità" dei processi di produzione normativa. Gli esperti forniscono cioè conoscenze, definiscono standard ed elaborano regole tecniche che aumentano la qualità epistemica dei testi normativi, intesi come mezzi per raggiungere fini politici che sono i legislatori, in ogni caso, a stabilire. Se così stanno le cose, tuttavia, ne segue che la legittimità giuridica di una disposizione opaca dipende dalla "legittimità epistemica" del contributo fornito dagli esperti³⁶. Le conoscenze specialistiche che guidano l'elaborazione delle disposizioni, come pure gli standard e le regole tecniche incorporate nell'ordinamento, devono cioè soddisfare, a loro volta, dei requisiti procedurali di tipo soggettivo e oggettivo. I primi riguardano l'imparzialità e l'indipendenza degli esperti che partecipano al processo legislativo; i secondi le regole epistemiche che presiedono allo sviluppo della conoscenza. La costruzione di qualsiasi sapere esperto è infatti governata da standard di condotta specifici, che individuano cosa è più razionale credere date le informazioni di cui disponiamo. Come noto, tali standard includono, oltre ad alcune regole logiche di base, le regole procedurali che contraddistinguono il metodo scientifico³⁷. Ora, è ben noto che tali regole sono caratterizzate da un alto grado di indeterminatezza. Come ha osservato Susan Haack, "non c'è un unico modo razionale di inferire o una procedura di ricerca usata da tutti gli scienziati e solo dagli scienziati"³⁸. Gli standard epistemici sono principi generali che si prestano ad essere precisati in modi diversi a seconda dei campi di ricerca considerati e dei quesiti ai quali il ricercatore tenta di fornire una risposta. Non sorprende dunque che tali principi siano talora descritti in letteratura come dei valori o dei fini che lo

dianche il quale si manifesta l'unità politica della comunità sociale.

³⁶ Questa posizione è coerente con le concezioni epistemiche della democrazia, in base alle quali il governo democratico della società può essere giustificato soltanto sulla base di ragioni di tipo epistemico. Vedi, ad esempio, Cohen 1986, Misak 2000, Estlund 2009. Non è possibile discutere in questo articolo il rapporto tra saperi esperti e concezioni epistemiche della democrazia. Per uno sguardo critico su queste concezioni vedi, ad ogni modo, Peter 2016.

³⁷ Cfr. Hempel 1966: cap. 2 e 3.

³⁸ Haack 2006: 312.

scienziato deve realizzare³⁹. Richiamando la caratterizzazione fornita da Robert Merton, si tratta del carattere pubblico, universale e disinteressato della ricerca, e soprattutto dell'atteggiamento di "scetticismo organizzato" che deve caratterizzare la comunità scientifica, la quale può dirsi tale nella misura in cui sottopone ad un vaglio critico intersoggettivo le ipotesi conoscitive dei suoi membri⁴⁰. Una disposizione opaca può dirsi dunque legittima soltanto se le conoscenze scientifiche, gli standard e le regole tecniche che ne giustificano il contenuto soddisfano tali requisiti. Sotto il profilo normativo, ciò impone l'adozione di procedure specifiche per la redazione di disposizioni opache, capaci di garantire la loro qualità epistemica⁴¹. Questa esigenza rischia tuttavia di generare un paradosso. Anche ammettendo che la legittimità di una disposizione opaca dipenda dalla qualità epistemica dei suoi contenuti, spetta comunque a un'autorità giuridica, e non a un'autorità epistemica, accertare se la disposizione è legittima, e ciò sulla base dei poteri ascritti dall'ordinamento a tale autorità. Ne segue che qualora l'organo che esercita l'autorità giuridica non possieda, come è plausibile ritenere, la competenza epistemica per effettuare tale controllo in modo affidabile, il problema dell'opacità è destinato inesorabilmente a riproporsi.

3. Opacità delle norme e interpretazione giudiziale

Abbiamo fin qui osservato come l'opacità, quando affligge le disposizioni giuridiche, revoca in dubbio la loro legittimità. Sebbene le disposizioni opache vengano sovente considerate legittime dal punto di vista formale, la loro adozione da parte degli organi di produzione normativa solleva quesiti rilevanti con riguardo alla loro

³⁹ Celebre in tal senso è la posizione di Thomas Kuhn, secondo il quale gli standard epistemici "sono dei valori da proteggere quando si compiono delle scelte, non delle regole per scegliere" (Kuhn 1970: 261). Sulla concezioni teleologiche degli standard epistemici si vedano Pritchard 2007; Grimm 2009; Haddock 2010.

⁴⁰ Cfr. Merton 1973. Il principio dello "scetticismo organizzato" si articola in una serie di direttive rivolte al ricercatore e all'esperto, concernenti l'accuratezza, la rilevanza, la semplicità, la pubblicità, la confrontabilità e l'ampiezza esplicativa della ricerca o dei suoi risultati. In questa prospettiva, gli standard epistemici assumono la forma di un'etica della ricerca scientifica: cfr. Doppelt 2014.

⁴¹ Nell'ordinamento italiano, un esempio di regole procedurali di questo tipo è costituito dalla cosiddetta *Analisi di impatto della regolamentazione* (AIR), introdotta dall'art.14 della legge 246/2005 e dal DPCM 169/2017. Queste disposizioni impongono alle amministrazioni pubbliche l'adozione di procedure specifiche, nel corso dell'istruttoria normativa, al fine di valutare l'impatto atteso delle opzioni di intervento considerate. Nel corso dell'AIR, l'amministrazione deve esplicitare i motivi dell'intervento normativo, gli obiettivi che intende perseguire, e quindi valutare sotto il profilo tecnico le opzioni di intervento disponibili, coinvolgendo esperti di settore. Per ogni provvedimento, l'AIR è poi resa accessibile al pubblico. Nell'ordinamento dell'Unione Europea, un regime procedurale analogo è stato adottato con riguardo alla registrazione e autorizzazione all'uso di sostanze chimiche: si tratta del regolamento REACH-ECHA n. 1907/2006.

conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate, come pure alla possibilità di sottoporre a controllo le ragioni epistemiche che giustificano la loro adozione. Una concezione procedurale della legittimità sembra fornire una soluzione ai problemi appena richiamati, richiedendo tuttavia l'adozione, da parte dell'ordinamento, di procedure idonee ad assicurare l'adeguatezza del contributo degli esperti agli standard epistemiche che caratterizzano il loro ambito di competenza.

Problemi in parte diversi solleva invece il fenomeno dell'opacità all'interno del processo. In questo contesto, l'opacità affligge tipicamente le norme, vale a dire il contenuto che il giudice ascrive alle disposizioni utilizzate per disciplinare il caso.

Per analizzare il modo in cui l'opacità si configura all'interno del processo, mi servirò di un esempio tratto dal diritto statunitense⁴².

Donald Stalcup lavorò come minatore presso la *Peabody Coal Company* circa 30 anni. Nel 1997 gli fu diagnostica 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 Benefits Act*, il quale prescriveva che

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

Il giudice amministrativo riconobbe inizialmente a Stalcup il diritto all'indennizzo, ma il *Benefits Review Board* (BRB), corte d'appello competente per le controversie in materia di lavoro, annullò con rinvio la decisione poiché il giudice aveva "valutato in modo erroneo le prove rilevanti"⁴³. Il BRB ordinò al giudice di primo grado di considerare più attentamente se Donald Stalcup avesse realmente contratto l'antracosi, oppure se la sua disabilità fosse riconducibile ad altre patologie. A tale scopo, il giudice decise di avvalersi di una commissione di esperti chiamata a valutare la situazione clinica del malato. Tre dei cinque esperti affermarono che Donald Stalcup non era affetto da antracosi, mentre i restanti membri della commissione 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. Se consideriamo il ragionamento effettuato dal giudice in *Stalcup*, quale fu il contributo degli esperti alla soluzione del caso?

La nozione di opacità può essere utile per rispondere a questo quesito. Il termine 'antracosi' che ricorre nel *Black Lung Benefits Act* era opaco agli occhi del giudice, dal

⁴² *Stalcup v. Peabody Coal Co.*, 477 F.3d 482 (7th Cir. 2007).

⁴³ *Ivi*: 484.

momento che questi non padroneggiava il contenuto scientifico di questo termine né era dunque in grado di fissarne il riferimento. Il giudice decise dunque di ricorrere al parere degli esperti non solo per accertare se Donald Stalcup avesse effettivamente contratto l'antracosi, ma anche per determinare il significato del termine 'antracosi', ovvero sia le condizioni di applicazione dell'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*. 'Antracosi' è infatti un termine tecnico che appartiene al lessico della medicina patologica, che il legislatore aveva utilizzato per redigere la disposizione ma il cui contenuto specialistico non venne indagato dal giudice, rimanendo per lui inintelligibile. In aggiunta, gli esperti chiamati a testimoniare in giudizio formularono pareri confliggenti con riguardo alle condizioni di applicazione del termine 'antracosi', dal momento che la comunità scientifica era divisa in merito alla spiegazione scientifica dell'insorgere di questa malattia. Poiché il giudice non era competente sulla questione, la sua decisione si basò sul semplice conteggio dei voti degli esperti chiamati a testimoniare. Detto altrimenti, il giudice utilizzò l'opinione di maggioranza degli esperti per determinare, in primo luogo, il contenuto linguistico della disposizione, ovvero sia la norma da questa espressa, senza essere in grado di comprendere le ragioni epistemiche sottese alla sua decisione. Così facendo, il giudice si astenne dall'interpretare a fini decisionali l'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*, delegando di fatto una commissione di esperti ad esercitare il potere giurisdizionale al suo posto. Inoltre, gli esperti determinarono il contenuto della norma che disciplinava il caso non a partire da conoscenze consolidate nella comunità scientifica, quanto piuttosto mediante un voto di maggioranza. In questo modo, i criteri di selezione degli esperti chiamati a testimoniare, e la loro rappresentatività con riguardo alle diverse spiegazioni scientifiche della malattia accreditate in letteratura, divennero cruciali per la soluzione del caso. Gli esperti non solo si sostituirono al giudice nella determinazione del contenuto del diritto, "usurpando" il suo ruolo⁴⁴, ma la loro opinione rimase controversa dal punto di vista epistemico⁴⁵.

Ora, si potrebbe qui obiettare che la testimonianza degli esperti in giudizio non ha nulla a che fare con la determinazione del contenuto delle disposizioni utilizzate per decidere il caso. Il problema appena considerato riguarda l'accertamento dei fatti e dunque il ragionamento probatorio. In *Stalcup*, al giudice fu semplicemente chiesto di accertare, sulla base delle prove disponibili, se Donald Stalcup (DS) avesse o meno contratto l'antracosi, vale a dire il valore di verità dell'asserto 'DS è affetto da antracosi'. La testimonianza degli esperti venne utilizzata solo a tal fine – si potrebbe dunque sostenere –, non certo per stabilire il contenuto dell'art. 921(a)(1) del *Black Lung Benefits Act*. Ad uno sguardo più attento, tuttavia, è facile osservare come gli esperti svolsero indirettamente un ruolo molto più pervasivo. Il loro parere venne usato sia per determinare il valore di verità di un asserto fattuale nel contesto probatorio, sia per

⁴⁴ Cfr. Gascón Abellán 2018: 13.

⁴⁵ Sul problema del disaccordo tra gli esperti nel processo penale mi permetto di rinviare a Canale 2020.

determinare il contenuto di un termine ('antracosi') da cui dipendevano le condizioni di applicazione della norma. Pertanto, gli esperti svolsero di fatto un lavoro interpretativo strettamente connesso all'attività probatoria, e logicamente antecedente ad essa⁴⁶.

Per chiarire questo punto, è utile ricostruire il ragionamento del giudice facendo ricorso all'operatore deferenziale $R_x(\sigma)$, introdotto da François Recanati per analizzare il fenomeno della deferenza semantica⁴⁷. Per semplicità, assumiamo che il giudice abbia utilizzato, per decidere il caso *Stalcap*, la disposizione 'Se antracosi, allora indennità'. Il giudice decide di non attribuire, in prima battuta, un contenuto alla disposizione; egli chiede piuttosto agli esperti di accertare il valore di verità dell'enunciato 'DS è affetto da antracosi'. La risposta fornita dagli esperti viene quindi utilizzata dal giudice per fissare, in modo deferenziale, il contenuto del predicato da cui dipende la qualificazione giuridica del fatto: quando usa il termine 'antracosi', il giudice sta in realtà utilizzando il termine ' R_{esperti} (antracosi)'⁴⁸. Ne segue che con riguardo alla premessa fattuale della decisione, il giudice si limita a stabilire se l'asserto 'DS è affetto da R_{esperti} (antracosi)' è provato; con riguardo alla premessa normativa, inoltre, egli decide che 'Se antracosi, allora indennità' esprime la norma 'Se R_{esperti} (antracosi), allora indennità'. Ciò mostra come il contenuto dell'asserto probatorio e della norma vengano fissati implicitamente dagli esperti e sfuggano, parallelamente, alla comprensione e alla valutazione del giudice.

Una seconda obiezione al quadro teorico appena delineato potrebbe essere la seguente: in *Stalcap* il giudice ha semplicemente attribuito all'art. 922(a)(1) del *Black Lung Benefits Act* il suo significato tecnico-letterale. Se, per semplicità, assumiamo che il significato letterale di una espressione linguistica sia fissato dalle convenzioni sintattiche e semantiche che governano l'uso di tale espressione in un contesto dato, il giudice si è limitato ad adottare in sede interpretativa le convenzioni linguistiche in uso nel contesto della medicina patologica. È agevole notare, tuttavia, che il giudice, sotto il profilo cognitivo, non attribuì alcun significato al testo utilizzato per disciplinare il caso. Egli si limitò a fissare il riferimento del testo sulla base della testimonianza degli esperti, anche se le ragioni che giustificavano il loro parere non erano per lui intelligibili. Pertanto, come già osservato in precedenza, l'opacità delle norme non va confusa con significato letterale o con l'interpretazione tecnico-letterale. Il contenuto attribuito a un testo giuridico non può essere considerato corrispondente al suo significato letterale se tale contenuto non è compreso dal giudice che decide la controversia. L'in-

⁴⁶ Per un approfondimento di questa tesi vedi Canale 2021: § 4.

⁴⁷ Recanati 1997: 91-92. Questo operatore rende esplicito il riferimento tacito R di un parlante all'uso dell'espressione linguistica σ da parte di un agente cognitivo x . Il contenuto dell'espressione $R_x(\sigma)$ è dunque determinato in modo "deferenziale", mediante il contenuto che un altro agente cognitivo, a cui il parlante fa implicitamente riferimento, ha attribuito o potrebbe attribuire a σ nel contesto enunciativo.

⁴⁸ Si noti che ' R_{esperti} (antracosi)' è trattato dal giudice come un designatore rigido, che fissa il contenuto di ogni occorrenza di 'antracosi' nel contesto del ragionamento giudiziale, anche se tale contenuto non è noto al giudice.

interpretazione letterale richiede non solo che il giudice applichi un insieme appropriato di convenzioni linguistiche, ma anche che egli sia in grado di padroneggiare il loro uso sotto il profilo inferenziale, cosa che l'opacità delle norme impedisce⁴⁹.

Da ultimo, si potrebbe obiettare che qualsivoglia disposizione che contenga termini tecnico-scientifici è opaca, al pari delle norme che essa esprime. È il ricorso da parte del legislatore di termini o espressioni specialistiche ricavate da linguaggi settoriali a generare il fenomeno che stiamo osservando, non certo il contributo offerto dagli esperti nel processo. Anche questa obiezione, tuttavia, è fuori bersaglio. L'opacità delle norme non è un problema che affligge i testi normativi in quanto tali; si tratta piuttosto di un fenomeno che può caratterizzare la comunicazione linguistica tra esperti e giudici in sede di giudizio. L'idea che qualsivoglia testo normativo che contenga termini tecnico-scientifici sia in qualche misura opaco, implica che i contenuti linguistici siano indipendenti sia dall'uso che facciamo del linguaggio, sia dal contributo cognitivo dei parlanti ai processi comunicativi. Ma le cose non stanno così: l'opacità è un fenomeno che dipende dall'interazione linguistica tra i *decision-maker* giuridici, da un lato, e gli esperti, dall'altro. È l'asimmetria epistemica tra queste figure a rendere le disposizioni e le norme opache⁵⁰. Se, ad esempio, il giudice fosse in grado di padroneggiare il linguaggio specialistico utilizzato nella disposizione, o acquistasse la capacità di farlo prima di decidere il caso, la norma utilizzata non diventerebbe opaca.

Queste considerazioni consentono di precisare perché l'opacità delle norme costituisce un problema nel contesto processuale. Quando le norme diventano opache, il ragionamento probatorio invade il campo del ragionamento interpretativo del giudice, prendendone di fatto il posto⁵¹. Per un verso gli esperti, in sede probatoria, fissano il riferimento dei termini tecnici contenuti nei testi giuridici mediante i loro pareri o la loro testimonianza. Per altro verso, il giudice tratta tali termini come nomi propri o designatori rigidi, il cui significato è determinato dalla descrizione dei fatti, eventi o stati di cose a cui tali termini si riferiscono; descrizione la cui comprensione è riservata agli esperti. In questo modo, al giudice sono inibite una serie di operazioni intellettuali, di ragionamenti e di scelte pratiche che caratterizzano il suo lavoro nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei. Più precisamente, in caso di opacità delle norme il giudice non è in grado di:

- 1) stabilire se da una medesima disposizione possano essere ricavate norme diverse (l'opacità occulta l'ambiguità delle disposizioni);
- 2) stabilire se la norma si applica a tutte le sotto-classi della fattispecie regolata (l'opacità occulta la generalità);

⁴⁹ Cfr. Brandom 1994: 214.

⁵⁰ Sulla nozione di asimmetria epistemica si veda Goldman 1999: 267 ss.

⁵¹ Sulla differenza tra la struttura inferenziale del ragionamento interpretativo e quella del ragionamento probatorio rinvio a Canale 1999: 45 ss.

- 3) accertare se la norma il cui contenuto è fissato dagli esperti ammetta casi *borderline* (l'opacità occulta la vaghezza);
- 4) interpretare una disposizione sulla base di direttive interpretative diverse da quella tecnico-letterale;
- 5) ricorrere a concetti o distinzioni dogmatiche per costruire norme inesprese;
- 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 con riguardo a fattispecie contigue;
- 9) adeguare il contenuto delle norme ai principi dell'ordinamento giuridico;
- 10) formulare un giudizio di proporzionalità con riguardo alla norma da applicare⁵².

In sintesi, l'opacità delle norme costituisce un problema poiché inibisce l'attività interpretativa e argomentativa del giudice, e il caso viene deciso anche se quest'ultimo non comprende il contenuto della norma che applica né è in grado di prevedere le conseguenze della propria decisione.

4. L'interazione linguistica tra il giudice e l'esperto

Abbiamo visto come l'opacità delle norme presenti caratteristiche e ponga problemi diversi rispetto all'opacità delle disposizioni. Quando affligge le disposizioni, l'opacità conduce a revocare in dubbio la legittimità del ruolo para-legislativo attribuito agli esperti, e richiede procedure intersoggettive di controllo dell'autorità epistemica riconosciuta a questi ultimi. Quando affligge le norme, invece, l'opacità inibisce l'attività interpretativa e molte altre operazioni intellettuali che il giudice è tenuto a svolgere in sede decisionale per garantire la tutela giuridica dei diritti e degli interessi coinvolti. Più precisamente, l'opacità delle norme genera una commistione impropria tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* nel ragionamento del giudice. La giustificazione in fatto e la giustificazione in diritto della sentenza sono solitamente descritte come momenti distinti del ragionamento giudiziale, in quanto fanno capo a processi inferenziali diversi: l'uno orientato all'accertamento della verità di asserti fattuali, l'altro alla giustificazione della norma usata per disciplinare il caso. È ben noto, tuttavia, come questi due processi inferenziali siano strettamente connessi tra loro. La ricerca delle caratteristiche rilevanti del fatto è condizionata dalla norma

⁵² 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: 1) il provvedimento è illegittimo poiché l'autorità che l'ha emanato ha frainteso la legge a cui ha dato attuazione; 2) il provvedimento è irragionevole e dà dunque luogo a eccesso di potere; 3) il provvedimento è sproporzionato rispetto allo scopo che si propone di realizzare; 4) il provvedimento lede la legittima aspettativa del suo destinatario; 5) il provvedimento lede il principio di parità di trattamento.

scelta per disciplinarlo; per converso, la scelta della norma dipende dalle circostanze di fatto che costituiscono l'oggetto del giudizio⁵³. Quando le norme diventano opache, questa correlazione tuttavia si spezza. Sono le caratteristiche del fatto identificate dagli esperti a fissare il riferimento della norma, ovvero sia l'oggetto della disciplina, provocando la paralisi del ragionamento interpretativo, vale a dire l'inibizione delle attività intellettuali e argomentative elencate in precedenza. Ciò mostra come il ragionamento probatorio possa svolgere, in taluni casi, una funzione semantica oltre che epistemica, con i pericoli che questo comporta.

Giunti a questo punto, si potrebbe tuttavia affermare che l'opacità delle norme non può essere eliminata negli ordinamenti contemporanei. Come già osservato in apertura di questo saggio, il contributo degli esperti in sede probatoria è indispensabile in un numero sempre maggiore di casi; l'asimmetria epistemica tra esperti e operatori giuridici è inoltre funzionale a garantire una accurata "divisione del lavoro probatorio", in modo da scongiurare il pericolo che il giudice o le giurie operino in modo arbitrario nell'accertamento dei fatti. Per converso, se la deferenza epistemica del giudice nei confronti degli esperti si trasforma in deferenza semantica, l'opacità delle norme rischia di pregiudicare i diritti e gli interessi dei soggetti coinvolti nel giudizio. Da un punto di vista normativo, dunque, in che modo è possibile ridurre l'opacità delle norme in modo da scongiurare l'insorge di questi problemi?

Questa domanda rinvia all'annoso dibattito tra chi sostiene che i giudici (o le giurie) debbano essere educati così da acquisire le competenze specialistiche richieste per accertare i fatti del caso, e chi invece ritiene che le corti debbano prestare totale deferenza agli esperti sulle questioni probatorie⁵⁴. Secondo alcuni, detto altrimenti, la testimonianza degli esperti deve fornire le informazioni di sfondo necessarie per consentire al giudice o alle giurie di accertare i fatti del caso mediante il proprio ragionamento. Secondo altri, invece, giudici e giurie dovrebbero prestare piena deferenza nei confronti dei risultati a cui gli esperti giungono, dal momento che questi ultimi si trovano in una posizione migliore per accertare i fatti grazie alle loro conoscenze specialistiche. In base a quanto osservato fino a questo momento, tuttavia, nessuna di queste due soluzioni appare giustificata. L'opacità delle norme può essere tenuta sotto controllo soltanto se i giudici e gli esperti incrociano le loro competenze e cooperano in modo continuativo durante il processo. Più precisamente, l'opacità delle norme perde il suo carattere problematico se, da un lato, il giudice acquista una competenza tecnico-scientifica sufficiente per valutare l'impatto che la norma produce nell'ordinamento e nel caso concreto; per altro verso, se gli

⁵³ 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 contenuto semantico di una norma possono denotare nel mondo. Sulla correlazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* nel ragionamento del giudice vedi Viola e Zaccaria 1999: 186 ss.; Tuzet 2016: cap. 2.

⁵⁴ Vedi ad esempio Allen e Miller 1993; Meazell 2010.

esperti chiamati a contribuire all'accertamento dei fatti acquistano la competenza giuridica necessaria per fornire al giudice tutte le informazioni tecnico-scientifiche giuridicamente rilevanti. Detto altrimenti, per combattere l'opacità delle norme non serve che il giudice si trasformi in esperto, né che gli esperti si sostituiscano ai giudici. Come ha sottolineato da Hilary Putnam, la divisione del lavoro linguistico che caratterizza oggi i diversi campi dell'attività umana deve accompagnarsi a una "cooperazione strutturata" tra i parlanti⁵⁵. Se tale cooperazione viene meno, l'opacità delle norme rischia di diventare pervasiva.

Nei sistemi giuridici di *civil law*, ciò si traduce nell'esigenza, da parte del giudice, di operare una valutazione razionale delle prove tecnico-scientifiche. Il giudice deve essere cioè in grado di comprendere le inferenze compiute dagli esperti per giungere alla loro conclusione, di stabilire se tale conclusione sia o meno affidabile, e in che misura essa contribuisca a provare una certa spiegazione dei fatti del caso. Affinché una valutazione razionale delle prove tecnico-scientifiche diventi possibile, il contributo degli esperti non può dunque ridursi alla semplice formulazione di un parere in risposta al quesito posto dal giudice o dalle parti. Tale contributo, governato dal principio del contraddittorio⁵⁶, deve estendersi all'intera fase istruttoria del processo e consistere in un dialogo continuo tra giudice ed esperti, volto a ridurre la loro rispettiva asimmetria conoscitiva e a impedire che la deferenza epistemica si tramuti in una forma di deferenza semantica. Una più stretta cooperazione linguistica tra giudice ed esperti consentirebbe, in particolare, che i pareri forniti da questi ultimi vengano trattati come un elemento di prova accanto ad altri, la cui rilevanza è comunque sottoposta alla valutazione del giudice⁵⁷.

Riferimenti bibliografici

- Allen, R.J, Miller, J.S. (1993). *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, «Northwestern University Law Review», 87, 1131-1147.
- Alsina, V., Martí, J.L. (2018). *The Birth of the CrowdLaw Movement: Tech-Based Citizen Participation, Legitimacy and the Quality of Lawmaking*, «Analyse & Kritik», 40(2), 337-358.
- Ambrus, M. (2014). *The Role of 'Experts' in International and European Decision-making Processes*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁵⁵ Putnam 1973: 706.

⁵⁶ Ha opportunamente insistito sull'importanza del contraddittorio nella valutazione delle prove esperte Vázquez 2020: 44 ss.

⁵⁷ Sulla sopravvalutazione delle prove scientifiche nell'ambito del processo, ovverosia sulla credenza ingiustificata che i pareri degli esperti siano in grado di confermare un'ipotesi probatoria col massimo grado di certezza, si veda Gascón Abellán 2013: 183-187.

- Arcuri, A., Coman-Kund, F. (2021). *Introduction: Breaking Taboo, Talking Accountability*, in A. Arcuri, F. Coman-Kund (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise*, New York, Routledge, 1-23.
- Bobbio, N. (2012). *Sul principio di legittimità* (1964), in Id., *Studi di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 65-77.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Canale, D. (2019). *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Canale, D. (2020). *Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 2020/2, 116-134.
- Canale, D. (2021). *The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making*, «Law and Philosophy», 40, 509-543.
- Canale, D. (2022). *Legislative Intent, Collective Intentionality, and Fictionalism*, in T. Marquez, C. Valentini (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law*, London-New York, Routledge, 45-68.
- Canale, D., Tuzet, G. (2021). *La giustificazione della decisione giudiziale. Seconda edizione*, Torino, Giappichelli.
- Carcattera, G. (2011). *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Celano, B. (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 101-142.
- Christiano, T. (2004). *The Authority of Democracy*, «The Journal of Political Philosophy», 12, 266-290.
- Christiano, T. (2012). *Rational Deliberation among Experts and Citizens*, in J. Parkinson, J. Masbridge (eds.), *Deliberative Systems. Deliberative Democracy at a Large Scale*, Cambridge, Cambridge University Press, 27-51.
- Cohen, J. (1986). *An Epistemic Conception of Democracy*, «Ethics», 97(1), 26-38.
- Duso, G. (1993). *Introduzione: Patto sociale e forma politica*, in Id. (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, Franco Angeli, 7-49.
- Doppelt, G. (2014). *Values in Science*, in M. Curd, S. Psillos (eds.), *The Routledge Companion to Philosophy of Science. Second edition*, London-New York, Routledge, 346-357.
- Dyzenhaus, D. (2010). *Consent, Legitimacy and the Foundation of Political and Legal Authority*, in J. Webber, C.M. Macleod (eds.), *Between Consenting Peoples: Political Communities and the Meaning of Consent*, Vancouver, UBC Press, 163-187.

- Estlund, D. (2009). *Democratic Authority*, Princeton, Princeton University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Freeman, W.S. (2000). *Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment*, «Philosophy and Public Affairs», 29(4), 371-418.
- Gascón Abellán, M. (2013). *Prueba científica. Un mapa de retos*, in C. Vázquez Rojas (a cura di), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 181-203.
- Gascón Abellán, M. (2018). *Prevention and Education: The Path for Better Forensic Science and Evidence*, relazione presentata al *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*, svoltosi a Girona il 6, 7, 8 giugno 2018.
- Goldman, A. (1999). *Knowledge in a Social World*, Oxford, Oxford University Press.
- Grimm, S. (2009). *Epistemic Normativity*, in A. Haddock, A. Millar, D.H. Pritchard (eds.), *Epistemic Value*, Oxford, Oxford University Press, 243-264.
- Guastini, R. (1990). *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Volume II. Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 235-252.
- Guastini, R. (1992). *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 177-201.
- Guastini, R. (1994). Voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 84-97.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Haack, S. (2006). *Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema Americana*, «Ars Interpretandi», 11, 303-325.
- Habermas, J. (1996). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. di L. Ceppa, Milano, Guerini e Associati.
- Haddock, A. (2010). *The Nature and Value of Knowledge: Three Investigations*, Oxford, Oxford University Press.
- Hass, B. (2020). *The Opaqueness of Rules*, «Oxford Journal of Legal Studies», 41(2), 407-430.
- Held, D. (1987). *Models of Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Hempel, C. (1966). *The Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall.
- Jäger, C. (2016). *Epistemic Authority, Preemptive Reasons, and Understanding*, «Episteme», 13(2), 167-185.
- Jasanoff, S. (1990). *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*, Cambridge (MA), Harvard University Press.

- Kripke, S. (1980). *Naming and Necessity*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Kuhn, T.S. (1970). *Reflections on My Critics*, in I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 232-276.
- Lafont, C. (2020). *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press.
- Lanchester, F. (1998). *Legittimità e legittimazione: la prospettiva del costituzionalista*, «Il Politico», 63(4), 547-565.
- Marconi, D. (1999). *La competenza lessicale*, Roma-Bari, Laterza.
- Mezell, E.H. (2010). *Super Deference, the Science Obsession, and Judicial Review as Translation of Agency Science*, «Michigan Law Review», 109, 733-784.
- Merton, R.K. (1973). *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, Chicago, University of Chicago Press.
- Misak, C. (2000). *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, New York, Routledge.
- Peter, F. (2016). *The Epistemic Circumstances of Democracy*, in M. Fricker, M. Brady (eds.), *The Epistemic Life of Groups. Essays on the Epistemology of Collectives*, Oxford, Oxford University Press, 133-149.
- Pizzorusso, A. (1977). *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano.
- Pritchard, D.H. (2007). *Recent Work on Epistemic Value*, «American Philosophical Quarterly», 44, 85-110.
- Putnam, H. (1973). *Meaning and Reference*, «The Journal of Philosophy», 70, 699-711.
- Quine, W.V.O. (1953). *From a Logical Point of View*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (1971), Cambridge (MA), Harvard University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.
- Recanati, F. (1997). *Can We Believe What We Do Not Understand?*, «Mind & Language», 12(1), 84-100.
- Simmons, A.J. (2001). *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Takema, S. (2021). *Expert Accountability and the Rule of Law. Intertwinement of Normative and Functional Standards?*, in A. Arcuri, F. Coman-Kund (eds.), *Technocracy and the Law. Accountability, Governance and Expertise*, New York, Routledge, 44-61.
- Taleb, N.N. (2007). *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, London, Penguin.
- Tuzet, G. (2016), *Filosofia della prova giuridica. Seconda edizione*, Torino, Giappichelli.
- Ubertone, M. (2022). *Il giudice e l'esperto: deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, Giappichelli.
- Vázquez, C. (2000). *El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial*, «Discusiones», 24, 29-60.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.
- Zagzebski L. (2012). *Epistemic Authority: A Theory of Trust, Authority, and Autonomy in Belief*, Oxford, Oxford University Press.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2022