

PREFAZIONE

Al centro dell'esperienza giudiziale si colloca il tema dell'istruzione probatoria, la quale stabilisce i tempi, le forme e i criteri che devono essere seguiti dal giudice per la formazione del suo convincimento sui fatti rilevanti della vicenda sottoposta al suo esame. Come è noto, i modelli in astratto adottabili sono numerosi e assai diversificati. Per richiamare schematicamente solo alcune delle plurime opzioni che vengono in considerazione al riguardo, si pensi, ad es., alle scelte che occorre compiere tra: principio dispositivo e inquisitorio; prova legale e liberamente valutabile; ripartizione legale e giudiziale dell'onere della prova; intima convinzione del giudice e standard di prova razionali; controllo solo formale e anche sostanziale della motivazione del giudice; e così via. Ovviamente il tema si declina diversamente a seconda dell'oggetto della decisione, ma mentre con riguardo al processo civile e al processo penale si può contare su di una risalente e approfondita elaborazione della giurisprudenza, teorica e pratica – benché non manchino, com'è normale che sia, le varietà di opinioni –, non altrettanto può dirsi con riguardo al processo amministrativo, anche in ragione dei recenti interventi legislativi che ne hanno organicamente innovato la disciplina.

Qui ora interviene lo studio di Maria Chiara Romano, la cui approfondita e originale analisi chiama il lettore a riflettere e a ripensare l'istruttoria, ed in particolare il ragionamento probatorio, non solo nello specifico campo d'indagine, ma con riflessi nelle altre aree del diritto e anche sul piano della teoria generale.

Il volume, a partire dal titolo, pone come premessa ideologica e sistematica la concezione epistemologica del processo, nel solco di una tradizione che in Italia ha preso le mosse dagli studi di Michele Taruffo e Federico Stella, per poi essere fecondamente proseguita, tra altri, da Giulio Ubertis e Paolo Ferrua. Non si può poi non ricordare il recente, straordinario movimento culturale internazionale sul ragionamento probatorio sviluppato da Jordi Ferrer Beltrán proprio grazie alla collaborazione con Michele Taruffo.

Questo approccio significa, essenzialmente, che il processo deve tendere ad una decisione giusta e non alla mera risoluzione del conflitto, e che la prima è possibile solo ove si fondi su enunciati fattuali dei quali è stata accertata, per quanto possibile, la verità. Il che implica che si chiariscano: (i) la natura e la

struttura della “logica del giudice” nel giudizio di fatto, al fine di poter definire esattamente come e in che limiti è possibile per il giudice accertare la verità dei fatti rilevanti e controversi; vale a dire definire (ii) i caratteri necessari e sufficienti affinché il giudizio di fatto possa definirsi “razionale”; nonché, infine (iii) le specifiche fasi logico-cognitive del ragionamento probatorio, che potranno dirsi “razionali” nella misura in cui avranno rispettato tali caratteri.

Si può affermare che la logica del giudizio di fatto è: α) non dimostrativa, né deduttiva, salvo casi eccezionali; β) empirica, nel senso che prende le mosse da fatti del mondo (le tracce del passato, vale a dire i segni con funzione probatoria, o le dichiarazioni, i racconti con funzione probatorie), per conoscere fatti del mondo (i fatti ignoti e controversi), attraverso le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM); γ) materiale, perché le LSOFM hanno natura materiale, concreta, e non formale, sintattica o simbolica; δ) induttiva, perché si fonda su premesse probabili e accede a conclusioni probabili; ϵ) abduttiva, perché spesso la ricostruzione dei fatti procede dall'effetto verso la causa; ζ) argomentativa, perché si fonda su “buone ragioni” e non su proposizioni la cui verità è assicurata da regole formali; η) dialettico-retorica, perché è rivedibile, aperta alla discussione e si forma lungo tutto il corso del processo nel contraddittorio delle parti; θ) opinativa, perché include numerose scelte di valore da parte del giudice.

Il giudizio di fatto può dirsi razionale quando è: *a*) corretto dal punto di vista linguistico (grammaticale, sintattico e semantico), altrimenti, ove non comprensibile, non è idoneo al suo scopo; *b*) completo, nel senso che prende in esame tutti gli elementi di prova rilevanti e legittimamente presenti agli atti di causa; *c*) rappresentativo, nel senso che non travisa né snatura gli elementi di prova presenti ed esaminati; *d*) attendibile, nel senso che il giudice deve verificare ed accertare l'affidabilità delle fonti di prova; *e*) plausibile, con riguardo alle premesse del suo ragionamento probatorio, alla legge di connessione (massima di esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse e conclusione, e alla stessa conclusione probatoria ritratta dalle premesse; ed è plausibile quando è conforme alle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM); *f*) coerente, con riguardo al principio di non contraddizione; *g*) congruo, ossia un discorso nel quale, sulla base di una considerazione anche olistica e non solo analitica delle prove e degli elementi di prova, le conclusioni, parziali e finale, sono adeguatamente sorrette dalle premesse, parziali e finale, in base ad una corretta concatenazione logica, e soddisfano lo standard di prova previsto dallo specifico settore dell'ordinamento di cui si tratta.

Le fasi logico-cognitive della valutazione delle prove, strettamente connesse fra di loro, sono: *A*) percezione del segno o fatto probatorio (c.d. percezione semplice e c.d. percezione oggettuale): documento, foto, dichiarazione, indizio, ecc.; *B*) interpretazione del segno probatorio (c.d. percezione proposizionale);

C) valutazione in senso stretto del segno o fatto probatorio, a sua volta composta da: C1) assegnazione del valore probatorio al segno; C2) individuazione della legge di connessione (massima d'esperienza, comune o tecnico-scientifica) tra premesse probatorie e conclusione probatoria; C3) assegnazione della forza del nesso di consequenzialità tra premesse probatorie e conclusione; C4) presa di decisione e fissazione dei criteri della scelta nella motivazione della sentenza.

Ben si comprende pertanto che un approccio epistemologico al processo implica a monte una concezione razionale del ragionamento probatorio, ossia una concezione secondo la quale: *i*) il giudizio di fatto si deve fondare su argomentazioni razionali, ovvero sulla base delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo, di senso comune o tecnico-scientifiche, conoscibili e condivisibili dalla comunità di riferimento; *ii*) il provvedimento giudiziale deve contenere la motivazione della decisione e questa deve indicare gli elementi di prova e i criteri inferenziali sulla cui base il giudice è pervenuto alla decisione su tutti i fatti rilevanti della controversia; *iii*) l'ordinamento deve prevedere adeguati strumenti per controllare la legittimità della decisione e della motivazione del provvedimento giudiziale. S'intende quindi che il vincolo per il giudice al discorso razionale si traduce in vincolo giuridico se e nella misura in cui l'ordinamento richieda valutazioni razionali delle prove, ne prescriva una adeguata ostensione nella motivazione e imponga al giudice dell'impugnazione di annullare i provvedimenti la cui motivazione sia viziata per omessa indicazione, erronea scelta, violazione o falsa applicazione della legge di funzionamento del mondo sulla quale la decisione impugnata si fonda.

E qui si schiude il principale problema epistemologico nel processo amministrativo: in che limiti il giudice amministrativo può sindacare le ragioni di fatto poste alla base del provvedimento amministrativo impugnato, e in particolare le leggi tecniche/scientifiche/economiche selezionate e applicate dall'amministrazione? L'analisi di Maria Chiara Romano si appunta sui casi più problematici, dove nell'attività di riconduzione degli elementi della fattispecie concreta alla astratta previsione normativa si mette in discussione la rigida separazione tra questioni di fatto e questioni di diritto; tra affermazione di esistenza, valutazione di rilevanza e qualificazione giuridica dei fatti, rendendo così problematici i confini del controllo del ragionamento probatorio del giudice. Si tratta dei casi nei quali l'identificazione della fattispecie non si realizza per mezzo di nudi dati empirici, bensì con il ricorso a elementi valutativi che a loro volta rinviano a fonti extragiuridiche, di natura tecnica e/o scientifica.

Si pensi, ad es., ai concetti di "intese restrittive della concorrenza", o di "mercato rilevante", centrali nel diritto antitrust e la cui determinazione non può prescindere dalle teorie economiche. Oppure ai concetti di "pericolo per la salute pubblica", cui si deve fare riferimento nel procedimento europeo sulla commercializzazione delle acque minerali naturali; e di "rischio per la salute

umana, animale e ambientale”, rilevante nel procedimento di autorizzazione al commercio di prodotti contenenti OGM destinati all'alimentazione o ad impieghi nell'agricoltura, che pure rinviano ai risultati di indagini scientifiche. Maria Chiara Romano si chiede se in sede giurisdizionale sia adeguato un sindacato meramente formale, o se invece non sia necessario verificare la correttezza delle leggi economiche o scientifiche impiegate per riempire di contenuto concetti giuridici la cui applicazione altrimenti resterebbe priva di un effettivo controllo.

Sullo sfondo campeggia la preoccupazione che la persistente contrazione dei poteri conoscitivi del giudice amministrativo a fronte di valutazioni economiche complesse o dinanzi a “riserve di scienza” possa determinare una flessione del principio democratico tipico dei sistemi costituzionali di matrice liberale, nei quali il potere giudiziario deve controllare il corretto esercizio del potere amministrativo, con derive verso un sistema nel quale potrebbe determinarsi una forma di “tirannia” senza adeguato controllo degli esperti e dei tecnici. Mutato ciò che si deve, si tratta dell'analogo problema che oggi caratterizza i rapporti tra giudice e consulente tecnico d'ufficio (o perito), ove il primo, in presenza di problemi tecnico-scientifici di particolare complessità, sovente si rimette interamente alle valutazioni e agli accertamenti del secondo.

L'analisi condotta in chiave comparata con attenzione a diverse esperienze straniere consente non solo di correggere distorsioni concettuali imputabili a pregiudizi ideologici divenuti obsoleti, ma altresì di evidenziare come le peculiarità di ciascun sistema incidano sulle modalità, sulla portata e quindi sulla effettività del sindacato giurisdizionale, evidenziando *pro* e *contra* di ciascun modello, e permette di prospettare ragionevoli soluzioni in punto di efficienza dell'ordinamento nel suo complesso. Si pensi, ad es., ai più incisivi poteri del giudice amministrativo tedesco, rispetto al nostro, in punto di ricerca dei fatti rilevanti e della relativa prova, pur in un contesto che contempla la concezione soggettiva della tutela giurisdizionale. L'idea di fondo, come bene evidenzia Romano, è che nelle ipotesi in cui entrano in gioco concetti scientifici o tecnici particolarmente complessi, tali poteri siano indispensabili per una istruttoria che intenda sindacare adeguatamente i presupposti fattuali del provvedimento amministrativo e garantirne una ricostruzione imparziale. D'altro canto, in Germania la concezione soggettiva è stata consacrata nella scelta costituzionale di garantire protezione ai cittadini ogni qual volta l'azione dei pubblici poteri risulti lesiva di loro interessi individuali normativamente protetti; ed è anche in questa prospettiva che lì si giustifica l'applicazione del principio inquisitorio.

L'accertamento dei fatti nel contesto dei settori indagati presenta una ulteriore peculiarità rispetto a quanto tradizionalmente accade nel processo civile e nel processo penale. Mentre in questi ultimi i fatti rilevanti sono normalmente accadimenti del passato, sicché il ragionamento probatorio assume una direzione retrospettiva, e si fonda su quelle che Ferrajoli chiama “tracce di passatità”,

molto spesso nelle valutazioni inferenziali necessarie in tema di diritto antitrust e applicazione del principio di precauzione occorre tenere in considerazione i possibili effetti futuri delle situazioni fattuali presupposte dai provvedimenti, amministrativi di autorizzazione da un lato, giurisdizionali di controllo dall'altro. Qui il fatto – osserva bene Romano –, non si presenta come un accadimento reale passato, richiamato in termini sommari e descrittivi da una norma, ma quale risultato di un procedimento intellettuale/conoscitivo di cui l'amministrazione è responsabile, che si connota per una immanente componente creativa: ne segue la difficoltà di separare l'accertamento dei fatti dalla valutazione di rilevanza giuridica effettuata dall'amministrazione. Inoltre, nella valutazione del nesso di causalità tra presupposti fattuali, sia pur qualificati giuridicamente, e conseguenze potenzialmente pregiudizievoli, occorre avere riguardo ad un evento futuro e incerto, talvolta di carattere negativo: si pensi all'analisi degli effetti futuri che la fusione tra imprese è idonea a produrre sull'incremento del loro potere di mercato, vale a dire se essa possa determinare o meno un ostacolo significativo alla concorrenza, ove si distingue tra prove che hanno ad oggetto affermazioni e prove che hanno ad oggetto valutazioni economiche prognostiche; oppure alle valutazioni necessarie per verificare che l'immissione in commercio di prodotti chimici, alimentari o di farmaci non sia pregiudizievole per la salute umana e animale, nonché più in generale per l'ambiente. Di conseguenza, in questi casi: *a*) non si può parlare in nessun caso di verità/esistenza, ma solo di probabilità del fatto futuro; *b*) anche la parola “prova” deve essere intesa in modo particolare e più lato, quale elemento che offre informazioni sulla verificabilità di un evento futuro e incerto; *c*) non è possibile una prova (inferenza) diretta sul fatto futuro, ma solo una prova (inferenza) indiretta per presunzione semplice.

Il controllo giurisdizionale è particolarmente complicato e delicato nei casi di incertezza sulla legge tecnica e/o scientifica da applicare, a causa dello stadio ancora embrionale o comunque non univoco delle conoscenze tecniche specialistiche applicabili al caso concreto: emblematica al riguardo è la vicenda Covid, ma lo stesso può dirsi per molte teorie economiche poste alla base delle inferenze probatorie in materia antitrust e ancora di più con riferimento a prodotti destinati all'alimentazione umana o animale. In questi casi si rende necessario affidare il superamento dell'incertezza epistemologica al meccanismo della ripartizione degli oneri probatori, anche ad opera del giudice, nonché delle presunzioni giurisprudenziali e del principio di vicinanza della prova, in un contesto dove tuttavia non è agevole individuare il confine tra ricerca del modello più efficace per l'accertamento dei fatti e finalità lato sensu politiche, atteso che si deve altresì tenere conto, da un lato, del potenziale coinvolgimento e pregiudizio di diritti fondamentali; dall'altro, dei beni giuridici ritenuti meritevoli di maggiore tutela. E qui giustamente si avverte il rischio che un eccessivo pote-

re del giudice di semplificazione degli oneri probatori, sia pure al fine di riequilibrare la differente posizione delle parti con riguardo alla prova dei fatti, finisce, per un verso, per avvicinare l'attività giudiziaria ad una fonte del diritto, con possibile alterazione degli equilibri racchiusi nelle formule dello "stato di diritto" e dello "stato democratico"; per l'altro verso, a minare la prevedibilità e la controllabilità della discrezionalità lasciata al giudice nella fase istruttoria.

Lo studio di Maria Chiara Romano bene approfondisce le questioni qui brevemente tratteggiate, ponendo grande attenzione alle ricadute pratiche delle soluzioni prospettate, e costituisce un ulteriore, importante contributo di epistemologia giudiziaria, con particolare attenzione al processo amministrativo – italiano, tedesco ed europeo –, nella prospettiva metodologica e sistematica della più avveduta giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, ove si rimarca che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità, per quanto, in senso epistemologico, controvertibile. Di qui l'ineludibile conclusione del giudice custode non solo del *nomos*, ma anche del *logos*.

ROBERTO POLI