

GIOVANNI TUZET

«Se mia nonna avesse le ruote...»

Controfattuali e ragionamento giuridico, discutendo due libri di G.B. Ratti

«If My Grandmother Had Wheels...»

Counterfactuals and Legal Reasoning. Some Remarks on Two Books of G.B. Ratti

ABSTRACT

L'articolo si propone di mostrare quanto ampio sia l'uso di controfattuali nel ragionamento giuridico, nonostante le difficoltà della loro logica e della loro valutazione. Ne discute a partire da due libri di Giovanni Battista Ratti, di cui vengono segnalati altresì alcuni aspetti notevoli.

The paper aims to show how wide the use of counterfactuals is in legal reasoning, despite the difficulties of their logic and their evaluation. It discusses this topic starting from two books by Giovanni Battista Ratti, which are also commented upon with respect to some of their remarkable aspects.

KEYWORDS

Controfattuali, interpretazione giuridica, ragionamento giuridico, regole d'inferenza

Counterfactuals, legal interpretation, legal reasoning, rules of inference

GIOVANNI TUZET*

«*Se mia nonna avesse le ruote...*»

Controfattuali e ragionamento giuridico, discutendo due libri di G.B. Ratti

1. *Introduzione* – 2. *Su Ratti in generale* – 3. *Su Ratti in particolare* – 4. *Su Ratti e i controfattuali*

Sesso, vecchiaia, gioventù, sono solo travestimenti,
sussurri di un qualche dio che cambia pelle.
Una volta diventa un serpente che fila via sull'erba,
un'altra un vecchio che guarda il serpente, il cielo, oppure una nuvola,
tutto potrebbe essere qualcos'altro, guarda:
il cosmo è pieno di esseri irrealizzati,
tutto sarebbe potuto nascere come un fiume o una stella,
tutto poteva apparire diverso.

(da K. KARASEK, *Decorazioni*, in *Fuochi di bengala e altre poesie*)

1. *Introduzione*

C'è un noto esempio di Quine che mostra la difficoltà di ragionare e argomentare con enunciati controfattuali¹. L'esempio è questo:

- 1) Se Verdi e Bizet fossero stati compatrioti, Verdi sarebbe stato francese;
- 2) Se Verdi e Bizet fossero stati compatrioti, Bizet sarebbe stato italiano.

Ma se Verdi fosse stato francese e Bizet fosse stato italiano, Verdi e Bizet non sarebbero stati compatrioti. Dunque, 1) e 2) sembrano entrambi veri ma a ben vedere si contraddicono. La saggezza popolare ha un modo di dire che riflette questa difficoltà con i controfattuali: “Se mia nonna avesse le ruote sarebbe una carriola”². Il che sembra vero, pur se con lo stesso antecedente mia nonna potrebbe essere anche un'automobile, un autobus, un treno, una bicicletta, ecc. Con implicazioni deontiche diverse. Se fosse un'automobile, qualcuno dovrebbe pagarne il bollo... ma chi? Lei stessa o altri? Se fosse un autobus, per viaggiare con lei bisognerebbe pagare un biglietto. E così via in un crescendo di bizzarrie.

* Professore associato di Filosofia del diritto, Dipartimento di Studi giuridici, Università Bocconi. Email: giovanni.tuzet@unibocconi.it.

¹ QUINE 1950, 15, che dubita della possibilità di elaborarne una teoria coerente.

² Per gli *aficionados*, si noti che è un controfattuale della specie “controlegale” secondo la classificazione di GOODMAN 1947, 115.

Il problema logico generale che Quine segnalava era l'impossibilità di applicare un'analisi verofunzionale ai controfattuali, per la semplice ragione che questa (secondo le tavole di verità standard) li rende tutti egualmente veri stante la falsità del loro antecedente, mentre nell'uso ordinario alcuni controfattuali sono falsi (ad esempio "Se mia nonna avesse le ruote sarebbe una gondola").

Diversi logici hanno cercato di uscirne con la semantica dei mondi possibili e la relazione di somiglianza, cioè con l'idea che un controfattuale è vero se e solo se, nel mondo possibile più simile a quello attuale in cui l'antecedente del controfattuale è vero, anche il conseguente lo è³.

In effetti per stabilire la correttezza di un controfattuale si devono fissare con cura le condizioni contestuali del rapporto fra antecedente e conseguente. E una teoria dei mondi possibili può fissare queste condizioni, senza di cui i controfattuali appaiono ingovernabili. Si considerino questi due⁴:

- 3) Se comprassi un appartamento a Manhattan, sarei ricco;
- 4) Se comprassi un appartamento a Manhattan, sarei povero.

L'aperta contraddizione dei conseguenti di 3) e 4) si può spiegare riformulandoli così:

- 3') Se comprassi un appartamento a Manhattan, (lo farei in quanto) sarei ricco;
- 4') Se comprassi un appartamento a Manhattan, sarei povero (in quanto rovinato).

Oltre ai problemi squisitamente logici che il programma dei mondi possibili comporta⁵, ci sono delle interessanti questioni ontologiche che esso solleva. In particolare, sembra che le leggi di natura siano indispensabili per costruire delle relazioni di somiglianza fra mondi e dei controfattuali con definiti valori di verità⁶ (ad esempio: se ci fosse stato un lampo, ci sarebbe stato un tuono). Se però si è ontologicamente scettici ci si troverà a disagio con simili cose e forse si penserà che è il caso di limitare al massimo l'uso dei controfattuali o evitarli del tutto in un discorso serio.

Ma una delle cose che spiega e giustifica l'interesse per i controfattuali è che essi sono frequentemente usati nella nostra prassi di ragionamento e argomentazione, anche in sede giuridica – una prassi di cui non si può rendere (pienamente) conto trascurandoli, così come non si può giudicare (compiutamente) della sua correttezza prescindendo da quella dei controfattuali che vi sono impiegati⁷. Senza contare che un'importante capacità come quella di apprendere dai propri errori sembra essere strettamente legata al ragionamento controfattuale⁸ (ad esempio: se ti fossi svegliato prima, non saresti arrivato in ritardo). E senza contare che ci sono importanti tesi filosofiche formulate in termini controfattuali, fra cui ad esempio la teoria controfattuale della conoscenza di Nozick⁹, per la quale in sintesi S sa che *p* se e solo se:

³ Cfr. in particolare LEWIS 1973 e STALNAKER 1968.

⁴ Rielaboro un esempio suggeritomi da Paolo Heritier, che lo riprende da Jean-Pierre Dupuy. Per un esempio simile v. LOWE 1995, 53. Si noti che 3) e 4) non vertono su possibilità non realizzate e ormai irrealizzabili, come 1) e 2); le possibilità enunciate da 3) e 4) sono non realizzate ma ancora "aperte". In questo senso 3) e 4) sono controfattuali più deboli di 1) e 2).

⁵ Cfr. PALLADINO e PALLADINO 2007, 27 ss. e 115 ss., nonché MORATO 2013, 108 ss. su controfattuali e logica deontica in particolare.

⁶ Cfr. DORATO 2000, 161-164 e CHISHOLM 1946, 291 ss., 302. Ma alle leggi di natura (o alle proprietà disposizionali) andrebbero aggiunte le norme giuridiche che governano scenari come quelli di 1) e 2) e le dinamiche economiche che spiegano 3) e 4). Oltre alle leggi logiche o alle verità analitiche che governano casi come "Se questo triangolo fosse un quadrato, avrebbe quattro lati".

⁷ Mi permetto di rinviare a CANALE, TUZET 2014.

⁸ Così MORATO 2013, 112, che richiama un'importante letteratura filosofica e psicologica. Cfr. HOERL et al. 2011.

⁹ NOZICK 1981, 172-196. Cfr. VASSALLO 2007, 7-9. Simili tesi filosofiche sono la concezione controfattuale della causalità e delle leggi di natura, su cui nutro le perplessità indicate *infra*, specie al § 4.

- (1) è vero che p
- (2) S crede che p
- (3) se, in circostanze diverse, non fosse vero che p , S non lo crederebbe
- (4) se, in circostanze diverse, fosse vero che p , S lo crederebbe.

Le ultime due condizioni rappresentano le circostanze controfattuali che Nozick usa per rispondere alle sfide scettiche¹⁰ sulla definizione di “conoscenza”, mostrando che occorre un legame ben definito fra la credenza e il fatto che la rende vera. Ma a ben vedere tale legame non è altro che un metodo o un processo cognitivo (non controfattuale) che lega fatto e credenza in modo appropriato e permette di asserire (3) e (4)¹¹. Con ciò si conferma come dicevamo che è importante determinare le relazioni di somiglianza fra il nostro mondo e quelli controfattuali, e che in assenza di parametri siffatti la teoria dei mondi possibili rischia di essere una complicata sciocchezza.

In questo lavoro cercherò di mostrare quanto ampio sia l’uso di controfattuali nel ragionamento giuridico e ne discuterò a partire da due libri di Giovanni Battista Ratti¹². Coglierò l’occasione per segnalare altresì alcuni aspetti notevoli di questi libri.

2. *Su Ratti in generale*

Nonostante certe asperità e tesi radicali, è un piacere leggere Ratti. Per la chiarezza e il rigore dei suoi scritti. Ma anche per il merito delle sue distinzioni. Ne segnalo due a titolo esemplificativo: (i), a fronte di una crescente letteratura sui disaccordi, la più che opportuna distinzione fra disaccordi sulle fonti normative e disaccordi sulle norme; (ii), a fronte di molti malintesi sul realismo giuridico, il rilievo che le teorie predittive *à la* Ross (e direi soprattutto *à la* Holmes) sono teorie della conoscenza giuridica e non del diritto¹³.

I temi ricorrenti dei libri qui richiamati sono la logica dei sistemi giuridici e della scienza giuridica, il nodo della defettibilità o del rinforzo logico dell’antecedente e il nodo dell’*ex contradictione/ex falso quodlibet*. Dico “nodo” per riferirmi a un problema teorico rilevante su cui molta letteratura continua a spendersi. Non è questa la sede per ricordarne i motivi, ma dico subito che sono combattuto fra l’ammirazione per le sottigliezze logiche impiegate in questi dibattiti e il dubbio sull’opportunità di tanti sforzi scientifici. Ampliando la prospettiva, infatti, possiamo chiederci quale sia il futuro del logicismo, ovvero dell’approccio logico-sistematico a certi problemi giuridici, se consideriamo che già uno dei massimi esponenti del neopositivismo (e uno dei più vicini al Quine caro a Ratti) modellava la scienza *sull’enciclopedia piuttosto che sul sistema*.

«Un’enciclopedia e non un sistema è il modello genuino dell’intera scienza. Una integrazione enciclopedica di affermazioni scientifiche, con tutte le discrepanze e le difficoltà che presenta, è il massimo dell’integrazione cui possiamo arrivare»¹⁴.

¹⁰ Fra cui notoriamente GETTIER 1963. Per un panorama contemporaneo, vedi CALABI et al. 2015.

¹¹ In questo modo la teoria controfattuale non è che lo sviluppo della teoria affidabilista di Ramsey, su cui si può vedere SAHLIN 1991.

¹² RATTI 2012 e 2013.

¹³ Cfr. RATTI 2013, 138 (dove si nota che la tendenza dei sistemi giuridici contemporanei è quella di presentare disaccordi interpretativi sulle norme e accordi istituzionali sulle fonti) e ivi, 31-33 (dove le teorie predittive sono ricondotte a una scienza giuridica naturalizzata *à la* Leiter). Ho avuto l’opportunità di discutere di (ii) in TUZET 2013.

¹⁴ NEURATH 1937, 27.

Se il nostro scopo è l'elaborazione di una scienza giuridica che integri tutto ciò che conosciamo in merito al diritto, potremo realizzarlo articolando una pluralità di questioni distinte ma connesse anziché costruire un sistema logico che, per essere puro, faccia astrazione dalla brulicante folla di fattori che determinano le vicende giuridiche. Potremo realizzarlo sporcandoci cioè le mani con la psicologia, l'economia, l'antropologia, la sociologia, la scienza politica e quant'altro possa servire. Anche perché una delle perplessità che sorgono conoscendo Ratti è che egli professi un empirismo che non viene praticato nei suoi scritti. Vero è che distinguendo questioni analitiche e sintetiche occorre essere empiristi solo sulle seconde, ma è pur vero che la distinzione non è così garantita (ovviamente penso ancora a Quine) e che a maggior ragione un esponente del realismo giuridico (come Ratti si professa) dovrebbe fare del logicismo un uso cauto. Se infatti il realista pensa che il diritto sia in larga misura il risultato di decisioni giudiziali, la logica sarà utile per sistematizzarle concettualmente, ma per spiegarle o prevederle saranno più utili altre discipline.

3. *Su Ratti in particolare*

Le questioni particolari che vorrei richiamare ora, pur brevemente, sono la definizione di "diritto" e la definizione di "norma", l'interpretazione giuridica e la stabilità dei sistemi giuridici, la defettibilità e le regole d'inferenza utilizzate in ambito giuridico.

Nel discutere le relazioni fra diritto e morale, Ratti tocca il tema delle *definizioni di "diritto"* e richiamando Bobbio esclude da ciò il riferimento agli scopi del diritto o ai valori da cui il diritto dipende¹⁵. A me sembra che questo sia molto riduttivo. Penso che definizione e scopi del diritto vadano assieme (*idem* per i valori, pur se qui non ne dirò nulla). Analiticamente possiamo distinguere le domande-cosa relative a un certo oggetto di ricerca (ad esempio: cosa designiamo con "diritto"?), dalle domande-perché relative al medesimo (ossia: perché abbiamo ciò che designiamo con "diritto?"); ma per avere una migliore comprensione del diritto (o per avere un'integrazione scientifica delle nostre conoscenze sul diritto, come si diceva sopra) non si possono trascurarne gli scopi¹⁶. A maggior ragione se si pensa che il diritto sia un artefatto sociale, in quanto ogni artefatto è progettato e posto per scopi: se il diritto è un artefatto, bisogna capire a cosa serve, o almeno a cosa pensano possa servire coloro che lo creano o utilizzano. In breve, sotto il profilo metodologico, penso che si debba essere atomisti sulle domande e olisti sulle risposte.

Sulla *definizione di "norma"* Ratti espone una tesi similmente riduzionista che mi lascia piuttosto perplesso, per le ragioni indicate sopra e di seguito.

«Le norme non sono altro che enunciati: le norme espresse sono enunciati che si assumono essere sinonimici di altri enunciati; le norme derivate sono enunciati prodotti mediante la combinazione di norme espresse e regole d'inferenza (che, a loro volta, non sono altro enunciati)»¹⁷.

Detto così mi pare sbagliato, nel senso che c'è molto di più: contenuti degli enunciati, atteggiamenti e stati mentali di chi utilizza tali enunciati, prassi sociali legate a tali enunciati, ecc.

Sul tema dell'*interpretazione* è opportuno citare per intero un passo notevole.

¹⁵ RATTI 2012, 45 s.

¹⁶ Mi permetto di rimandare a TUZET 2014.

¹⁷ RATTI 2013, 62.

«I disaccordi dovuti all'ambiguità linguistica ci pongono di fronte a domande (statisticamente rare) che hanno la seguente forma logica: "Il testo normativo T esprime la norma N1 o la norma N2?". Tuttavia, la maggior parte dei disaccordi interpretativi scaturisce da altre domande (assai più frequenti) circa il significato di un testo normativo: per esempio "Il testo T esprime soltanto la norma N1, o anche la norma N2?", "Il testo T, che senz'altro esprime la norma N1, implica altresì la norma N2?", "Senza dubbio, il testo T esprime N1. Ma N1 è defettibile o no?". Possiamo convenire di chiamare questo tipo di indeterminazione "ambiguità contestuale". All'evidenza, si tratta di un'ambiguità che scaturisce non tanto da aspetti sintattici o semantici del linguaggio, quanto piuttosto da altri tipi di considerazioni, per lo più pragmatiche, relative a una formulazione normativa»¹⁸.

Per ragioni pragmatiche o semantiche che siano, questa mi pare una *tesi genovese indebolita*, in omaggio alla scuola cui Ratti appartiene e in quanto riconosce che le possibili interpretazioni di un testo non sono tutte sullo stesso piano (mentre il realismo genovese standard, se così possiamo chiamarlo, si limita ad assumere come possibili molteplici interpretazioni di qualsiasi testo normativo)¹⁹. Sono d'accordo con questa tesi genovese indebolita e mi preme connetterla a un altro punto su cui invece non sono persuaso da Ratti: il come spiegare la *stabilità* dei sistemi giuridici. Se qualsiasi testo normativo fosse suscettibile di molteplici interpretazioni – equiammissibili sotto il profilo del dover essere ed equiprobabili sotto quello dell'essere – sarebbe sorprendente riscontrare una certa stabilità nei relativi sistemi giuridici. Cosa fa sì che questi non siano dei contesti altamente caotici e imprevedibili nelle loro dinamiche? Mi sembra che Ratti voglia spiegarne la stabilità con l'idea di convergenze o sovrapposizioni "accidentali"²⁰, il che mi pare poco plausibile. Che ci sia un accordo su certe tecniche interpretative e sulle loro condizioni di utilizzo è una migliore spiegazione della stabilità di quella in termini di sovrapposizioni accidentali. Anche solo per ragioni probabilistiche, dato che da interpretazioni equiprobabili non seguono accidentalmente delle interpretazioni preponderanti (sarebbe come spiegare accidentalmente la prevalenza del sei in un dado che si presume non truccato).

Sul tema della *defettibilità* (che riprenderemo in conclusione) qui mi chiedo solo *en passant* se possa avere una qualche utilità guardare alle leggi *ceteris paribus* della scienza empirica. Le inferenze normative possono essere intese come: *ceteris paribus*, se *p* allora *Oq*? Se così fosse, *p* sarebbe condizione sufficiente di *Oq*, pur se il problema della defettibilità riapparirebbe al momento di capire se sia soddisfatta la clausola *ceteris paribus*.

Infine, che *regole d'inferenza* in ambito giuridico? Una distinzione dev'essere ricordata senza indugio, quella fra regole seguite di fatto e regole da seguire. Quando parliamo di regole d'inferenza in ambito giuridico, ci limitiamo a descrivere quello che accade (le operazioni inferenziali dei giuristi) o applichiamo anche dei criteri normativi (ad esempio per identificarne le fallacie)? Viceversa, ci limitiamo a dire cosa dovrebbe essere fatto o descriviamo altresì la prassi inferenziale effettiva? Nel caso il discorso verta (anche) sul dover essere inferenziale, quali criteri normativi lo governano o dovrebbero governare? E ancora, quale "equilibrio riflessivo" individuare fra inferenze praticate e principi logici qualora vi siano delle significative divergenze fra le due cose? Quali principi o leggi logiche rivedere alla luce di dati empirici recalcitranti (Quine), ossia di una prassi consolidata ma in contrasto con i principi? La questione di fondo è la natura normativa della logica e i controfattuali sono un esempio di questo problema, come vedremo fra poco. Ratti²¹ parla di ricostruzione razionale delle inferenze dei giuristi. Ma "ricostruzione razionale" è espressione terribilmente ambigua, che

¹⁸ RATTI 2013, 147. Segnalo che il capitolo da cui è tratto questo passo è un saggio scritto con A. DOLCETTI.

¹⁹ Ma vedi più in dettaglio FERRER, RATTI 2011.

²⁰ RATTI 2013, 158.

²¹ RATTI 2013, 131.

intreccia aspetti descrittivi e prescrittivi. Il che non è necessariamente un male, se possiamo distinguere gli aspetti di un tipo da quelli di un altro. A questo proposito è interessante approfondire il discorso sui controfattuali, che compaiono in un'ampia e variegata prassi inferenziale difficilmente inquadrabile e governabile con i criteri della logica standard.

4. *Su Ratti e i controfattuali*

Come anticipato in apertura, l'uso dei controfattuali è estremamente diffuso nel ragionamento ordinario così come nel ragionamento giuridico. A chi non abbia mai considerato il punto con attenzione, l'ampiezza di questo uso potrà risultare tanto sorprendente quanto preoccupante. A titolo esemplificativo, senza pretese di completezza, si considerino i seguenti contesti.

Il contesto dell'interpretazione e integrazione del diritto, e in particolare:

- *l'interpretazione dei testi legislativi*, quando si ricorre alle intenzioni controfattuali del legislatore (ciò che il legislatore avrebbe disposto se...)²²;
- *l'integrazione analogica della legge*, quando ci si appella alla disciplina che il legislatore avrebbe disposto se la lacuna fosse stata considerata²³; a questo riguardo si consideri anche il famoso art. 1 c. II del codice civile svizzero, secondo cui, in presenza di una lacuna, il giudice ha il potere di creare la regola applicabile al caso concreto *come se fosse il legislatore*;
- *l'integrazione del contratto*, quando si ricorre al "contratto ipotetico" come contratto che le parti avrebbero stipulato se avessero tenuto conto di certe circostanze²⁴.

Il contesto probatorio, e in particolare:

- *la ricostruzione della dinamica fattuale*, quando si dice ad esempio che se il veicolo non fosse stato in accelerazione non ci sarebbe stato l'impatto²⁵;
- *la prova in base a comportamenti concludenti*, quando si ritiene che l'agente avrebbe tenuto un comportamento diverso se non avesse voluto un certo esito;
- *la prova della "perdita di chance"*, che consisterebbe nella prova del danno derivante dalla perdita della possibilità di ottenere un vantaggio, ossia un vantaggio che si sarebbe potuto ottenere se...²⁶;
- *la valutazione della prova* in base a una regola di esclusione che chiede di non tener conto di certi elementi, che cioè chiede di giudicare come se non si sapesse che...; ad esempio i casi in cui alla giuria è chiesto di non considerare un certo elemento di prova (di fare *come se* non ci fosse), o quando il giudice stesso deve prescindere da certi elementi di cui ha tuttavia contezza (fare *come se* non li avesse)²⁷;

²² Mi permetto di rinviare ancora a CANALE, TUZET 2014. Cfr. la giurisprudenza citata in GUASTINI 1993, 397 ss.

²³ L'analogia «serve a conoscere [...] ciò che il legislatore avrebbe pensato se avesse previsto il caso» (TRABUCCHI 1991, 42).

²⁴ Si dice ad es. che imputiamo al contratto le clausole che le parti avrebbero concordato se avessero negoziato su tutti i rischi rilevanti (COOTER et al. 2006, vol. 1, 155). Analogo è il problema di stabilire come si sarebbero comportate o avrebbero dovuto comportarsi le parti rispetto a un evento al di là delle loro capacità di previsione (cfr. *ivi*, vol. 2, 98; FRIEDMAN 2004, 305; COLEMAN 2003, 81).

²⁵ Si può vedere DAVIS 2003. Ma nota che l'uso di *controfattuali* richiede che si siano già date delle risposte a certe domande *fattuali*: stabilito cosa è successo, ci si chiede cosa sarebbe successo se...

²⁶ Dice TARUFFO 2005, 14 che questa prova «è quanto di più complicato e cervellotico si possa immaginare».

²⁷ Analogamente per le *limiting instructions* (come la regola 105 delle statunitensi Federal Rules of Evidence) con cui il giudice chiede alla giuria di usare una prova solo rispetto a un soggetto e non ad altri, o solo per uno scopo e non altri.

- il giudizio di una corte superiore in merito all'*esclusione di una prova* da parte di una corte inferiore, quando viene valutato quale effetto avrebbe avuto la prova esclusa sulla decisione finale del giudice se questi l'avesse assunta, come avviene ex art. 606 c. I lett. d c.p.p. circa la «mancata assunzione di una prova decisiva»;

Il contesto decisorio, e in particolare:

- analogamente al punto precedente, *l'omesso esame di un fatto decisivo* ex art. 360 n. 5 c.p.c., cioè di un fatto che sarebbe stato decisivo se fosse stato considerato;
- il giudizio di *responsabilità penale per omissione* (specie in ambito medico ma non solo), quando ci si chiede cosa sarebbe successo se fosse stata tenuta la condotta omessa²⁸;
- la determinazione del *dolo eventuale* secondo la cd. (prima) formula di Frank, che richiede di considerare cosa avrebbe fatto l'agente se avesse previsto l'evento²⁹;
- il giudizio di *responsabilità extracontrattuale* quando ci si chiede cosa avrebbe previsto o avrebbe potuto prevedere l'agente se fosse stato "prudente" secondo un qualche standard stabilito dal diritto³⁰;
- la determinazione del *lucro cessante*, cioè dell'utile che il danneggiato avrebbe conseguito se non fosse occorso l'evento dannoso³¹;
- la determinazione dei *costi-opportunità* nella liquidazione dei danni da inadempimento³², quando si devono stimare i costi consistenti nell'aver rinunciato a certe possibilità;
- in ambito di *trattamenti medici*, la valutazione di cosa il paziente avrebbe deciso se ne fosse stato capace³³.

In questa selva di questioni controfattuali, facciamo un approfondimento sulla prima. Ricordiamo come sia problematico determinare l'intenzione controfattuale del legislatore, se solo si considerano le seguenti copie di inferenze, dove la prima riguarda il legislatore *storico* e la seconda quello *attuale*. Il punto di partenza è che il legislatore non abbia espressamente considerato una possibile eccezione alla disciplina posta.

Controfattuali circa il legislatore storico

A) Se il legislatore storico avesse voluto considerare l'eccezione E, l'avrebbe espressamente indicata, ma dato che non lo ha fatto non dobbiamo considerarla come un'eccezione rilevante; dunque non dobbiamo interpretare in modo restrittivo le relative disposizioni.

²⁸ Il rinvio d'obbligo è alla sentenza "Franzese", su cui ho scritto in TUZET 2010. Si provi a riflettere su quanti mondi possibili si possono costruire logicamente: se il medico fosse intervenuto in tempo...; se avesse avuto più risorse...; se fosse stato dotato di poteri miracolosi...

²⁹ Vedi FIANDACA 2012, 154 e la giurisprudenza ivi discussa. Si può notare che in una prima ipotesi – l'agente avrebbe agito egualmente – si ha un "semifattuale" agli occhi di GOODMAN 1947, 114, mentre in una seconda ipotesi – egli non avrebbe agito – vi è un controfattuale vero e proprio.

³⁰ Vedi ad es. HOLMES 1897, 466. Anche qui naturalmente rilevano condotte omissive; v. ad es. Cass. civ. sez. un., n. 581/2008 (in tema di "sangue infetto"), p.to 8.5 della motivazione.

³¹ «Il lucro cessante va determinato in base al calcolo degli utili che il danneggiato avrebbe conseguito, secondo il prevedibile corso degli eventi, se il fatto dannoso non si fosse verificato. La natura ipotetica di questo procedimento raramente permette di raggiungere una certezza assoluta, ma questa non è necessaria: è sufficiente una fondata e ragionevole probabilità» (TRIMARCHI 2011, 146).

³² Vedi ad es. COOTER et al. 2006, vol. 1, 48 s., e più in generale tutti i ragionamenti per liquidare i danni da inadempimento (ivi, vol. 2, 129-135).

³³ La giurisprudenza americana parla di *Substituted Judgment Test*; cfr. l'importante decisione della Corte suprema del New Jersey *In re Quinlan* (1976) e il caso *Cruzan* (1990) deciso dalla Corte suprema americana. Su questo tema e connessi c'è una crescente letteratura di bioetica e biodiritto che non posso ovviamente richiamare qui. Mi limito a DWORKIN 1996, 130-143 e per l'Italia a VELLUZZI 2013, 185 s., 191 s., sul caso "Englaro" (2007).

- B) Se il legislatore storico avesse considerato l'eccezione E, l'avrebbe espressamente indicata, ma purtroppo non ci ha pensato; dunque dobbiamo interpretare le relative disposizioni in modo restrittivo, come cioè il legislatore le avrebbe intese se avesse pensato a E.

Controfattuali circa il legislatore attuale

- C) Se il legislatore attuale disciplinasse oggi la materia in questione, la disciplinerebbe diversamente da com'è e introdurrebbe l'eccezione E; quindi dobbiamo interpretare restrittivamente le relative disposizioni alla luce delle intenzioni del legislatore attuale.
- D) Se il legislatore attuale volesse disciplinare diversamente questa materia lo farebbe introducendo E; ma dato che non lo fa, non intende disciplinarla diversamente; dunque dobbiamo interpretare le relative disposizioni in linea con le intenzioni del legislatore storico, cioè non restrittivamente.

Tutti e quattro gli argomenti hanno qualcosa di plausibile e dipendono da una serie di assunzioni circa il legislatore in questione; per giudicare così della loro correttezza andrebbero specificate quelle condizioni che costituiscono il "mondo possibile" su cui verte il controfattuale. Almeno in teoria l'idea di ricorrere alla volontà controfattuale del legislatore è lodevole: i giudici non fanno di testa propria ma interpretano le formulazioni della volontà legislativa così come se fosse il legislatore a farlo. Ma si vede bene quanto ciò sia problematico (pur se i vincoli contestuali aiutano a preferire certe soluzioni ad altre). Analogamente per l'integrazione di una disciplina lacunosa e per la volontà controfattuale delle parti nell'interpretazione del contratto.

Peraltro, muovendo ora a un diverso piano di discorso, la giustificazione di una sanzione penale o di una qualche forma di disincentivo è talora formulata in termini controfattuali: se non ci fossero sanzioni (o certe sanzioni) ci sarebbero individui che terrebbero certi comportamenti che vogliamo disincentivare. Ovvero, in una formulazione appena più precisa: per ogni sanzione S come conseguenza normativa del comportamento C, c'è almeno un individuo che se non ci fosse S terrebbe C (che di fatto non tiene, presumibilmente per la minaccia della sanzione). Analogamente per le sanzioni premiali o le forme di incentivo: per ogni premio P come conseguenza normativa del comportamento C, c'è almeno un individuo che non terrebbe C se non ci fosse P. Se un requisito minimale come questo non fosse soddisfatto non si vede che utilità avrebbero le sanzioni.

Tornando finalmente a noi, Ratti parla di «due principali criteri di verifica del nesso causale usati in ambito giuridico»³⁴, cioè il test "but for" e il test NESS, vale a dire il test della condizione necessaria di un evento (determinata controfattualmente dicendo che se A non avesse avuto luogo neppure B avrebbe avuto luogo) e il test della condizione contribuente (parte di un insieme di condizioni senza il quale l'evento non avrebbe avuto luogo). Colgo l'occasione per dire che questi non mi sembrano affatto "criteri di verifica", se a "verifica" diamo un senso empirico: i controfattuali non verificano alcunché. Per la semplice ragione che vertono su possibilità non (ancora) realizzate, che non possono essere "verificate" in quanto tali e le cui conseguenze non possono essere "verificate" per la medesima ragione. Purtroppo è frequente questo modo di parlare, anche in giurisprudenza. Ed è un modo di parlare che ingenera gravi fraintendimenti se con esso viene veicolata l'idea che un controfattuale costituisca la "prova" di un'ipotesi, se a "prova" diamo un senso empirico. I controfattuali non provano alcunché, ma determinano in via argomentativa delle conclusioni giustificate o meno a seconda della bontà delle assunzioni su cui sono elaborati (leggi di natura, proprietà disposizionali, generalizzazioni empiriche, ecc.). Con la difficoltà ulteriore che quasi sempre

³⁴ RATTI 2012, 18.

tali assunzioni sono probabilistiche, o sono *ceteris paribus* mentre di fatto ci interessa un mondo – quello reale – in cui le restanti cose, cioè le altre circostanze oltre quelle indagate, non sono *paribus*. Un esempio di tale infelice modo di parlare si trova in un passaggio della nota (e peraltro apprezzabile) sentenza “Cozzini” in tema di causalità omissiva, di esposizione a sostanze dannose e criteri di prova scientifica, quando in essa si dice che «non vi è prova controfattuale» che un certo comportamento virtuoso (alternativo a quello tenuto) avrebbe potuto scongiurare un dato evento³⁵. Ora, cosa ci si aspetta di trovare come “prova controfattuale”? Nulla può essere tale, se diamo a “prova” un significato empirico e se è vero che la teoria dei mondi possibili e dei controfattuali, per dirla in breve, appartiene alla logica e non all’epistemologia³⁶.

Ne approfitto altresì per dire che il tentativo di spiegare le leggi di natura con i controfattuali è inevitabilmente circolare poiché sono le prime a spiegare i secondi (o meglio a giustificarne l’uso). Anzi, non è tanto circolare quanto fuorviante. Possiamo affermare che se ci fosse stato un lampo ci sarebbe stato un tuono perché in natura c’è fra tali fenomeni una certa connessione; è fuorviante dire che c’è una connessione fra tali fenomeni in virtù di un condizionale controfattuale. Analogamente per il rapporto fra cause e controfattuali: non è corretto spiegare una relazione causale in termini controfattuali, poiché sono le relazioni causali a spiegare e giustificare l’uso di determinati controfattuali.

Chiariti questi punti preliminari ma di notevole importanza, vediamo che definizione adotta Ratti di “enunciato (condizionale) controfattuale”.

«Con “enunciato (condizionale) controfattuale”, in genere, si designa un enunciato condizionale il cui antecedente non ha avuto luogo nel passato, ancorché avrebbe potuto avere luogo»³⁷.

Perché la precauzione finale? Forse perché di solito se ne parla in tal senso? Ma ciò restringe molto, sotto il profilo logico, l’ambito dei controfattuali, pur se è una limitazione sensata in ambito giuridico. O meglio, si tratta di definire l’ambito di quei mondi possibili su cui costruire dei controfattuali. Quali possibilità considerare? Quelle logiche, quelle metafisiche, quelle epistemiche, quelle pratiche? “Se questo triangolo fosse stato un quadrato” è un antecedente che avrebbe potuto avere luogo? “Se mia nonna fosse stata un vampiro” avrebbe potuto avere luogo? “Se avessi visto il Big Bang” avrebbe potuto avere luogo? E “Se fossi volato su Saturno”? E perché limitarsi al passato? “Se tu fossi qui, faremmo l’amore” non è un enunciato controfattuale?³⁸ “Se mia nonna avesse le ruote, ecc.” non è un enunciato controfattuale? “Se domani non sorgesse il sole, farebbe buio” non è ancora un enunciato controfattuale?

Lasciando da parte le questioni metafisiche, Ratti individua tre problemi logici dei controfattuali: 1) la non transitività, 2) la defettibilità, 3) la non contrapposizione³⁹.

Su 1) Ratti sostiene che i controfattuali non hanno la proprietà logica della transitività, offrendo questo esempio:

Se Tizio fosse morto nel 1995, non avrebbe vinto le elezioni del 2000. Se Tizio non avesse vinto le elezioni del 2000, si sarebbe dedicato al golf. Quindi: se Tizio fosse morto nel 1995, allora si sarebbe dedicato al golf.

³⁵ Cass. pen. sez. IV, n. 43786/2010, p.to 2.5.2 della motivazione.

³⁶ Ma cfr. PIZZI 1997, 87 e 2009, 136: un controfattuale può portare alla falsificazione di un’ipotesi e in questo senso può dare un contributo epistemico importante.

³⁷ RATTI 2012, 167. Cfr. la più ampia definizione data in MORATO 2013, 112: «sono dei condizionali per mezzo dei quali valutiamo le conseguenze di qualche possibilità alternativa» (si noti che questa definizione copre anche possibilità future, oltre a quelle passate).

³⁸ Infatti in RATTI 2012, 170 si trova questo esempio: “Se fossi affamato, allora mangerei un panino”.

³⁹ RATTI 2012, 169 s.

Qui mi pare che ci sia una fallacia di equivocazione fra Tizio in quanto morto nel 1995 e Tizio in quanto vivo nel 2000; cosicché, “Se Tizio (in quanto morto nel 1995) non avesse vinto le elezioni del 2000, si sarebbe dedicato al golf” è un enunciato palesemente assurdo.

Su 2) Ratti osserva che i controfattuali respingono il rinforzo dell’antecedente. Ma sappiamo che questo è un problema che va ben al di là dei controfattuali⁴⁰. Peraltro, vi è chi ha sostenuto una teoria controfattuale della defettibilità, dove l’elemento cruciale è una qualche proprietà disposizionale dell’autorità normativa rilevante: ciò che l’avrebbe indotta a regolare diversamente la questione se tale autorità avesse considerato una determinata circostanza. Ratti la chiama «concezione disposizionale della defettibilità»⁴¹ e l’autore in questione è Carlos Alchourrón, secondo il quale, rispetto a “se A allora B”, C è un’eccezione implicita se il soggetto che asserisce “se A allora B” sarebbe stato disposto a rivederne il conseguente se avesse considerato C⁴². Torneremo fra poco sulla questione.

Su 3) dice Ratti che i controfattuali respingono la contrapposizione logica, come mostrerebbe questo esempio:

Se Brian fosse andato alla festa, allora Ronald non vi sarebbe andato. Quindi: Se Ronald fosse andato alla festa, allora Brian non vi sarebbe andato.

Egli aggiunge che l’esempio «pone molti dubbi circa la validità della legge di contrapposizione, giacché non sembra che il secondo enunciato condizionale si possa derivare dal primo»⁴³. Ma poche righe dopo Ratti dice che l’esempio «dimostra chiaramente il rigetto» della contrapposizione. Ora a me pare che ci sia differenza fra dubbio e rigetto, e che il punto andrebbe ulteriormente discusso.

Ma il succo della questione è la domanda sullo statuto logico dei controfattuali e dei principi inferenziali con cui ne giudichiamo:

«è possibile concepire almeno due posizioni teoriche rispetto ai condizionali controfattuali (e, più in generale, rispetto al ruolo della logica per la classe dei condizionali nonmonotonici): o si ricercano strumenti logici atti a trasmettere la verità oppure si cerca di ricostruire ciò che accade nelle inferenze ordinarie, prescindendo però dalla capacità di trasmettere la verità degli strumenti usati nell’ambito di tali inferenze»⁴⁴.

Insomma potremmo dire che i controfattuali richiedono una revisione di certi principi logici, secondo il principio del “revisionismo inferenziale” di Quine. Così torniamo al problema già segnalato sulle regole d’inferenza.

L’equilibrio che trova Quine è «nel rigettare gran parte dei condizionali controfattuali – tutti quelli che non possono essere ridotti a enunciati che denotano proprietà disposizionali»⁴⁵.

Cosa ne pensa Ratti non è però chiaro. Sembra tuttavia convenire con Caracciolo nel momento in cui questi critica la “concezione disposizionale della defettibilità” proposta da Alchourrón «secondo cui, al fine di stabilire se un certo enunciato condizionale sia defettibile o no, occorre fare riferimento alle intenzioni *controfattuali* di chi lo ha emesso»⁴⁶.

⁴⁰ Vedi FERRER, RATTI 2012.

⁴¹ RATTI 2012, 66-68.

⁴² ALCHOURRÓN 1996, 342.

⁴³ RATTI 2012, 170.

⁴⁴ RATTI 2012, 174 s.

⁴⁵ RATTI 2012, 175. Cfr. QUINE 1960, 222-226.

⁴⁶ RATTI 2012, 67.

«Secondo Caracciolo, la concezione disposizionale sarebbe afflitta da ciò che egli chiama “il problema dell’indeterminatezza necessaria”, che consiste nel fatto che, costituendo le circostanze astrattamente possibili un insieme infinito, vi sarà sempre una qualche circostanza sul cui carattere di eccezione (o non-eccezione) implicita sarà possibile interrogarsi. Da ciò consegue che non è *mai* possibile associare un significato definitivo ad una certa formulazione normativa, giacché l’operazione di revisione dell’antecedente non può mai esaurirsi (per le ragioni concettuali testé menzionate). E ciò, a sua volta, implica che l’ordinamento giuridico risulta essere del tutto indeterminato»⁴⁷.

Ciò significa che Ratti è ancora più radicale di Quine nel rigettare i controfattuali, in quanto rigetta anche i controfattuali sostenuti da proprietà disposizionali?

Passando ai controfattuali in ambito giuridico, Ratti sostiene che gli enunciati controfattuali «non appaiono (*et pour cause*) nei discorsi delle autorità normative»⁴⁸. Questo non è vero se per “autorità normative” intendiamo i *legislatori*, come abbiamo avuto modo di rilevare sopra e come mostrano ulteriormente gli esempi che seguono.

Art. 1419 c.c. *Nullità parziale*: «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità».

Art. 1424 c.c. *Conversione del contratto nullo*: «Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità».

E che le autorità normative non discorrono di controfattuali non è vero se per “autorità normative” intendiamo i *giudici*, come si vede chiaramente nei casi di responsabilità per omissione, o nella stima dei danni da inadempimento, o in numerose altre circostanze. La struttura logica di una motivazione giudiziale conforme all’art. 1424 c.c. può ben essere questa: poiché le parti non hanno considerato che *p* e se lo avessero fatto avrebbero convenuto che *q*, allora dev’essere che *q*.

Infine, viste le numerose varianti giuridiche dell’argomento delle intenzioni controfattuali, Ratti ne conclude che «la scelta di derivare dalla mera assenza di intenzione reale del legislatore una certa interpretazione o l’interpretazione opposta è totalmente discrezionale»⁴⁹. Non è una conclusione troppo forte? Non ci sono informazioni storiche e contestuali che rendono alcune argomentazioni controfattuali e le relative scelte meno discrezionali di altre? Il fatto è che non si argomenta mai sulla base della «mera assenza di intenzione reale», ma sulla base di un’assenza *in un contesto determinato*, il quale fornisce premesse per costruire argomenti controfattuali più o meno giustificati a seconda dell’attinenza al contesto, della bontà delle assunzioni rilevanti, della coerenza con il sistema giuridico di riferimento, ecc.

Molto ci sarebbe ancora da dire, ma ritengo che quanto osservato sin qui sia sufficiente per proseguire in modo proficuo il dialogo.

⁴⁷ RATTI 2012, 68.

⁴⁸ RATTI 2012, 175. Ma questo punto è stato rivisto nella versione spagnola del saggio, RATTI 2014, 84 (nota 20).

⁴⁹ RATTI 2012, 180.

Riferimenti bibliografici

- ALCHOURRÓN C.E. 1996. *On Law and Logic*, in «Ratio Juris», 9, 1996, 331 ss.
- CALABI C., COLIVA A., SERENI A., VOLPI G. (eds.) 2015. *Teorie della conoscenza*, Milano, Cortina, 2015.
- CANALE D., TUZET G. 2014. *Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale*, in «Analisi e diritto», 2014, 195 ss.
- CHISHOLM R. 1946. *The Contrary-to-Fact Conditional*, in «Mind», 55, 1947, 289 ss.
- COLEMAN J. 2003. *Risks and Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN TH. 2006. *Il mercato delle regole*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2006.
- DAVIS G.A. 2003. *Bayesian Reconstruction of Traffic Accidents*, in «Law, Probability & Risk», 2, 2003, 69 ss.
- DORATO M. 2000. *Il software dell'universo. Saggio sulle leggi di natura*, Milano, Bruno Mondadori, 2000.
- DWORKIN R. 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996.
- FERRER J., RATTI G.B. (eds.) 2011. *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FERRER J., RATTI G.B. (eds.) 2012. *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- FIANDACA G. 2012. *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in «Diritto penale contemporaneo», 1, 2012, 152 ss.
- FRIEDMAN D. 2004. *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, il Mulino, 2004.
- GETTIER E. 1963. *Is Justified True Belief Knowledge?*, in «Analysis», 23, 1963, 121 ss.
- GOODMAN N. 1947. *The Problem of Counterfactual Conditionals*, in «The Journal of Philosophy», 44, 1947, 113 ss.
- GUASTINI R. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.
- HOERL C., MCCORMACK T., BECK S.R. (eds.) 2011. *Understanding Counterfactuals, Understanding Causation. Issues in Philosophy and Psychology*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- HOLMES O.W. 1897. *The Path of the Law*, in «Harvard Law Review», 10, 1897, 457 ss.
- LEWIS D. 1973. *Counterfactuals*, Oxford, Blackwell, 1973.
- LOWE E.J. 1995. *The Truth About Counterfactuals*, in «The Philosophical Quarterly», 45, 1995, 41 ss.
- MORATO V. 2013. *Obblighi, permessi e divieti. Un'introduzione alla logica dei sistemi normativi*, Milano-Udine, Mimesis, 2013.
- NEURATH O. 1937. *La scienza unificata come integrazione enciclopedica*, in ID. et al., *Neopositivismo e unità della scienza*, sec. ed., Milano, Bompiani, 1973 6 ss.
- NOZICK R. 1981. *Philosophical Explanations*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- PALLADINO D., PALLADINO C. 2007. *Logiche non classiche. Un'introduzione*, Roma, Carocci, 2007.
- PIZZI C. 1997. *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalista*, Milano, Giuffrè, 1997.
- PIZZI C. 2009. *Diritto, abduzione e prova*, Milano, Giuffrè, 2009.
- QUINE W.V.O. 1950. *Methods of Logic*, New York, Henry Holt & Co., 1950.
- QUINE W.V.O. 1960. *Word & Object*, Cambridge, MIT Press, 1960.

- RATTI G.B. 2012. *Diritto, Indeterminatezza, Indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RATTI G.B. 2013. *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- RATTI G.B. 2014. *Los contrafácticos en el derecho. Un inventario de problemas*, in PAPAYANNIS D.M. (ed.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014, 77 ss.
- SAHLIN N.E. 1991. *Obtained by a Reliable Process and Always Leading to Success*, in «Theoria», 57, 1991, 132 ss.
- STALNAKER R. 1968. *A Theory of Conditionals*, in RESCHER N. (ed.), *Studies in Logical Theory*, Oxford, Blackwell, 1968, 98 ss.
- TARUFFO M. 2005. *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n. 8, Milano, Giuffrè, 2005, 3 ss.
- TRABUCCHI A. 1991. *Istituzioni di diritto civile*, trentesima seconda ed., Padova, Cedam, 1991.
- TRIMARCHI P. 2011. *Istituzioni di diritto privato*, diciannovesima ed., Milano, Giuffrè, 2011.
- TUZET G. 2010. *Omissioni su omissioni*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 10, 2010, 227 ss.
- TUZET G. 2013. *What is Wrong with Legal Realism?*, in CANALE D., TUZET G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Dordrecht, Springer, 2013, 47 ss.
- TUZET G. 2014. *Due domande siamesi: natura e funzioni del diritto*, in «Sociologia del diritto», 2014/2, 63 ss.
- VASSALLO N. 2007. *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in AMORETTI M.C., MARSONET M. (eds.), *Conoscenza e verità*, Milano, Giuffrè, 2007, 1 ss.
- VELLUZZI V. 2013. *Il caso Englaro e il diritto positivo*, in POGGI F. (ed.), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Roma, Carocci, 2013, 179 ss.