

L'endossabilità dei saperi esperti. Rileggere *Daubert* attraverso Aristotele*

Stefano Fuselli

Università degli Studi di Padova
stefano.fuselli@unipd.it

Abstract: The topic of the paper is the relationship between scientific knowledge and legal practice. The claim is that an epistemological transformation takes place in trial, through which scientific categories are reshaped according to the goals of the jurisdiction. *Doxa*, that is, opinion, provides the ground for this transformation, thanks to its own epistemological and methodological features that are functional to the purpose of trial. This claim is supported, on the theoretical level, by calling into play Aristotle's '*Rhetoric*', and on the practical level by rereading the well-known and widely debated *Daubert* case.

Keywords: *Endoxa, Daubert Standard, Persuasion, Legal Epistemology, Expert Testimony.*

* Il contributo presenta in forma sintetica le tesi esposte in occasione del 30th IVR Congress, July 3-8 2022, Bucharest. *Rhet.*, A, 1, 1354 a 1.

1. Introduzione

Storicamente, il rapporto tra scienza e giurisprudenza offre un tema di discussione trasversale che accomuna non solo varie discipline giuridiche (e non) o diversi ambiti del diritto, ma tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, tanto la teoria quanto la prassi. Da alcuni decenni, tuttavia, si è fatta sempre più evidente la consapevolezza della portata del problema tanto nei sistemi di *common law* quanto in quelli di *civil law*.

Sempre più spesso, soprattutto in sede civile o penale, i giudici si trovano a misurarsi con casi per la cui comprensione pare imprescindibile il ricorso a saperi o a competenze che esulano sia dalla preparazione del giurista, sia dalle normali cognizioni di senso comune. Chi giudica si trova nella scomoda posizione di esprimere valutazioni circa le conclusioni – spesso opposte – a cui prevengono i diversi “esperti” incaricati dalle parti o dallo stesso tribunale, senza poter contare sulla padronanza del quadro teorico e metodologico da cui quelle conclusioni dipendono.

L'intento del mio intervento è di mostrare come la retorica aristotelica contribuisca a gettare luce su queste problematiche non solo dal punto di vista del dibattito teorico, ma anche della prassi giurisprudenziale. L'itinerario è così scandito. Dopo una sommaria esposizione di quelli che, a mio giudizio, costituiscono degli assi portanti della retorica aristotelica (§ 2), tratterò un sintetico quadro di insieme (§ 3). Sulla base di queste acquisizioni, prenderò in esame due decisioni assai note della giurisprudenza USA, la *Frey opinion* e il caso *Daubert* (§ 4). La tesi che intendo sostenere (§ 5) è che entrambe le Corti abbiano sviluppato le loro argomentazioni e raggiunto le loro conclusioni mantenendosi sul piano della *doxa*. Questo può contribuire, da un lato, a ridimensionare la portata delle critiche rivolte ai giudici della Corte Suprema sotto il profilo epistemologico in particolare da Susan Haack e, dall'altro (§ 6), a ridefinire lo statuto del modo in cui le conoscenze tecnico-scientifiche operano nel contesto forense.

2. Le coordinate della *Retorica*

Nei capitoli di apertura del primo libro della *Retorica* Aristotele traccia, per così dire, le coordinate entro cui si colloca l'oggetto della trattazione. Spiega quale è la disciplina, in cosa consiste e perché esiste. La prima indicazione è fornita dall'incipit dell'opera, secondo cui la retorica è *antistrofe* della dialettica¹. La seconda definisce la retorica come la capacità di trovare ciò che è in

¹ Le citazioni sono conformi a (Aristoteles 1960).

grado di produrre persuasione rispetto a un qualche tema². La terza, ripresa anche all'inizio del secondo libro, chiarisce che la retorica esiste in funzione del prodursi di una deliberazione (*bouleusis*)³, di un giudizio (*krisis*)⁴, ovvero di una decisione che deve essere assunta.

Anche a una disamina molto sommaria, queste tre indicazioni concorrono a delineare il quadro intimamente unitario in cui prendono forma i contenuti propri della trattazione. Lo sfondo è quello della vita pubblica quotidiana, nella quale i comuni cittadini si trovano a doversi pronunciare anche su questioni che non dominano.

2.1. Retorica e doxa

Come si sa, il termine *antistrophos* collocato all'inizio dell'opera è stato oggetto di discussioni plurisecolari⁵. È stato inteso tanto come “analogo”, quanto come “controparte” o come “complementare”, tanto come “pari” quanto come “subordinata”. In un certo qual modo tutte queste interpretazioni sono giustificabili. Se da un lato, infatti, Aristotele sembra alludere a una certa costruzione della lirica corale greca, il termine *antistrophos* ha però, nelle sue opere, un significato tecnico ben preciso. Esso indica infatti «una trasformazione che è reciproca e reversibile, in cui ogni parte della relazione a due, proprio a causa di questa reciprocità e reversibilità, necessariamente implica la seconda parte»⁶.

Quale che sia la traduzione più appropriata di questo termine in questo contesto (controparte o complementare o analogo), esso indica che, nell'ottica aristotelica, la retorica è sin dall'inizio compresa e comprensibile in relazione alla dialettica. Mediante questa correlazione, Aristotele pare dare ai lettori un indirizzo ben preciso. Essi devono tenere presente sin da subito che tanto la retorica quanto la dialettica si muovono sullo stesso piano, occupano la stessa scena, anche se – come avveniva per le inversioni del coro sulla scena teatrale – guardano verso una direzione reciprocamente opposta e complementare.

Credo che sia difficile sopravvalutare il fatto che, prima ancora di qualificare questo piano e questa scena sotto il profilo metodologico, Aristotele ne fornisce una determinazione di carattere epistemologico. Anche la retorica, così come la dialettica, ha a che fare con il conoscere (*gnorizein*). Tuttavia, le conoscenze che sono di pertinenza tanto della dialettica quanto della retorica

² *Rhet.*, A, 2, 1355 b 26-27; 32-34.

³ *Rhet.*, A, 2, 1357 a 1-2.

⁴ *Rhet.*, B, 1, 1377 b 21-22.

⁵ L. D. Green 1990, 9; Rapp 2002b, 19-25.

⁶ L. D. Green 1990, 9.

non sono di tipo specialistico, cioè non appartengono a uno specifico campo del sapere, a una particolare disciplina che si impegna con principi e che, come tale, merita il titolo di scienza (*episteme*)⁷. Piuttosto, esse, in qualche modo, costituiscono un patrimonio comune (*koina tropon tina*)⁸ a tutti gli uomini. Proprio per questo, forniscono la base delle relazioni quotidiane, in particolare di quelle in cui ci si impegna a discutere, a confrontarsi, o addirittura a difendersi da accuse o a muovere accuse. La retorica attiene quindi a ciò che caratterizza quel particolare modo dell'essere gli uni con gli altri, tipico di tutti gli uomini, che si manifesta come la capacità di avere qualcosa in comune, di condividere alcunché proprio attraverso il discuterne.

Come sappiamo dal primo libro dei *Topici*, la peculiarità del modo in cui la dialettica costruisce o esamina questi discorsi, al fine di renderli cogenti, è quella di prendere avvio proprio da quanto meglio si presta a determinare di volta questo patrimonio comune, ossia gli *endoxa*. Gli *endoxa* sono *opinioni* particolarmente degne di attenzione in virtù della loro diffusione o della qualità di chi le professa⁹. Come il dialettico, anche il retore, nei suoi discorsi, nel costruire le sue argomentazioni – gli entimemi¹⁰ – muove da *endoxa*. Che prenda avvio da quanto accade per lo più, da quanto è verosimile (*eikota*), quanto che muova da indizi, segni (*semeia*)¹¹, l'oratore non può trascurare di considerare se essi siano o meno *endoxa*¹². Dunque, al di là delle questioni interpretative sul tipo di rapporto designato dal termine *antistrophos*, la prima indicazione è di fondamentale importanza. Mediante il rinvio alla dialettica, essa chiarisce già dall'inizio che il terreno su cui la retorica si colloca ed entro il quale si muove è quello dell'opinare (*doxazein*) e dell'opinione (*doxa*).

2.2. Retorica e persuasione

Dire retorica significa dire persuasione. Tuttavia Aristotele mette in chiaro, con un certo puntiglio, che lo scopo della retorica non è di produrre la persuasione, ma di trovare – per ogni contesto – quali sono i mezzi adeguati a produrre la persuasione. Da questo punto di vista, la retorica può essere assimilata ad altre *arti* (*technai*) le quali implicano, per così dire, una obbligazione di mezzi più che non di risultato. Come spiega Aristotele, anche la medicina non mira a garantire la guarigione del malato, ma a curarlo fino a dove è possibile¹³. Ciò in cui però la retorica si distingue dalle altre arti è

⁷ L. D. Green 1990, 9; Rapp 2002b, 19–25

⁸ *Rhet.*, A, 1, 1354 2.

⁹ *Top.*, A, 1, 101 a 11-13.

¹⁰ *Rhet.*, A, 1, 1355 a 3-18.

¹¹ *Rhet.*, A, 2, 1357 a 30-33.

¹² *Rhet.*, A, 2, 1357 a 7-13. Piazza 2008, 62.

¹³ *Rhet.*, A, 1, 1355 b 12-14.

il fatto che essa può essere intesa alla stregua di una facoltà, una *dynamis*¹⁴, del tutto peculiare. La sua particolarità sta nel fatto che – come la dialettica – non è legata ad alcun contenuto specifico: essa mira al *to endechomenon pithanon*, a ciò che di volta in volta può risultare persuasivo, in relazione a un qualsivoglia tema o soggetto (*peri ekaston*).

Prescindiamo per un momento dalla questione circa il modo in cui Aristotele intende il persuasivo, ma concentriamoci piuttosto sul rapporto che istituisce fra l'opinione, la *doxa*, e la persuasione, *peitho*.

In un noto passo del *De anima*, Aristotele si premunisce di illustrare le differenze e i rapporti che intercorrono fra l'immaginazione (*phantasia*), e le altre facoltà con le quali siamo nel vero o nel falso, ossia: sensazione (*aisthesis*), opinione (*doxa*), scienza (*episteme*), e intelletto (*nous*). Dopo avere escluso che l'immaginazione sia assimilabile alla sensazione, alla scienza o all'intelletto, considera se essa sia una sorta di opinione. Dell'opinione, infatti, essa condivide la possibilità di essere o vera o falsa (cosa che invece non è delle altre facoltà o disposizioni, perché quelle sono sempre vere)¹⁵. Tuttavia, a impedire la loro identificazione è la peculiare relazione che nell'opinione si instaura fra persuasione e ragione (*logos*).

Aristotele dapprima stabilisce un nesso inscindibile fra l'opinione (*doxa*) e la convinzione (*pistis*): avere un'opinione su qualcosa significa al tempo stesso essere convinti di ciò che si opina. Già questo è indicativo di una differenza fra immaginazione e pensiero, perché nessun animale (*therion*) è capace di *pistis*, mentre molti sono capaci di immaginazione. Poi, in rapida successione, passa dall'andare insieme (*akolouthein*) di opinione e convinzione, al fatto che all'avere una convinzione (*pistis*) si accompagna l'essere stato persuaso (*pepeisthai*) e che alla persuasione (*peitho*) si accompagna la ragione che si dà nei discorsi (*logos*).

Quindi, il fatto che la retorica sia votata alla ricerca di ciò che è persuasivo, di ciò che in ogni qualsivoglia circostanza è volto a produrre la persuasione, è in stretta correlazione con la capacità di avere una opinione, cioè con quel particolare modo dell'essere nel vero e nel falso che richiede, per il suo prodursi, del *logos*. Cercare ciò che vi è di persuasivo in una qualsiasi situazione, dunque, non è altro che sforzarsi di trovare e far valere, attraverso i *logoi*, ciò che rende possibile il formarsi di una opinione intorno a quella determinata questione.

¹⁴ *Rhet.*, A, 2, 1355 b 26-27.

¹⁵ *De An.* Γ, 3, 428 a 1-19: l'opinione è – assieme all'immaginazione (*phantasia*) – una facoltà (*dynamis*) o abito (*hexis*) con cui «siamo nel vero o nel falso», mentre la sensazione (*aisthesis*), la scienza (*episteme*) e l'intelligenza (*nous*) sono sempre nel vero (Aristotele 2001, 205; 207). Sulla differenza fra il modo in cui l'alternativa vero/falso gioca nella *phantasia* e nella *doxa*, cfr., Heidegger 2017, 168.

2.3. Retorica e giudizio

Ma perché mai ci si dovrebbe impegnare in una ricerca attorno a ciò che consente il prodursi di un'opinione? Dal momento che non sono all'opera conoscenze pertinenti ad una data disciplina, dove dovrebbero essere spese queste opinioni, dove dovrebbero essere espresse o fatte valere?

La terza indicazione chiarisce proprio questo. Vi sono dei contesti in cui avere un'opinione, formarsi un'opinione o concorrere al formare un'opinione sono un fattore essenziale, necessario. Lo sono, in particolare, ogniqualvolta è richiesto che si pronunci un giudizio, che si prenda posizione rispetto a possibilità alternative¹⁶, come avviene ad esempio in una assemblea o in un tribunale. Il fatto che la retorica esista in funzione di un giudizio, cioè di una qualche forma di decisione, implica che la persuasione non sia solo un'adesione teorica, ma anche una certa qual disponibilità ad agire in un certo modo, coerente con ciò di cui si è persuasi¹⁷.

La ricerca intorno al persuasivo è quindi la ricerca intorno a ciò che può orientare le scelte dell'interlocutore o, più in generale, del destinatario, in quanto depone a favore di una determinata cosa. Ciò che è persuasivo deve consentire che ci si formi un'opinione capace di sostenere una scelta, una decisione, un giudizio: esso deve essere affidabile nel senso che deve poter *fare fede*, consentire che ci si possa impegnare a favore di una delle alternative teoricamente possibili. Non a caso, *pistis*¹⁸ (che è tanto fiducia, quanto credenza o fede, quanto ciò che dà fiducia) è proprio il termine che Aristotele usa per indicare ciò che è capace di parlare a favore di qualcosa.

Tutto questo viene anche a determinare sia il tipo di fenomeni sia il tipo di persone con i quali la retorica è chiamata a misurarsi. Dal momento che non si delibera né su ciò che è impossibile né sull'inevitabile, allora la retorica ha a che fare sempre con situazioni che ammettono una alternativa, che sono intrinsecamente aperte a due diverse possibilità e sulle quali si è abituati a deliberare. In secondo luogo, coloro che devono formarsi la loro opinione, quelli che sono chiamati a deliberare non sono qualificati dalle loro competenze. Si tratta infatti di comuni cittadini ai quali è capitato o capita di essere membri di una assemblea o di un collegio giudicante e che, per lo più, non sono in grado di seguire ragionamenti che richiedono troppi passaggi, né di cogliere con un colpo d'occhio il quadro unitario¹⁹. Questa è la ragione per

¹⁶ *Rhet. B*, 1, 1377 b 21: «la retorica esiste in funzione di un giudizio» (Aristotele 2014, 153); 1391 b 7: «l'uso dei discorsi persuasivi è finalizzato a un giudizio» (Aristotele 2014, 217).

¹⁷ Piazza 2008, 124.

¹⁸ Sulla polisemia del termine cfr. Grimaldi, S.J. 1980, 19–20.

¹⁹ *Rhet.*, A, 2, 1357 a 1-7.

cui la dimostrazione retorica, l'*entimema*, deve essere condotta mediante pochi passaggi, lasciando sullo sfondo quello che tutti sanno già²⁰.

3. Una sintesi

Quindi, secondo Aristotele vi sono dei contesti nei quali ci si deve pronunciare anche su temi o questioni che non si dominano e per i quali non si dispone di competenze specifiche. Tali questioni comportano sempre possibilità alternative. Per pronunciarsi su tali questioni è necessario essersi fatti un'opinione in merito. Non è possibile avere un'opinione se non si è anche convinti di ciò per cui ci si risolve. La retorica ha il compito di persuadere, cioè di individuare quali sono gli elementi che depongono a favore di una determinata possibilità e quindi di consentire che ci si formi una opinione.

La retorica poggia su ciò che dà forma alla vita quotidiana, nella quale è abituale prendere delle decisioni assieme. Essa infatti si muove sempre all'interno dell'orizzonte di ciò che è generalmente e per lo più accolto come vero e che, come tale, è familiare a tutti coloro che sono chiamati a pronunciarsi. La retorica si radica nel terreno dell'opinione, della *doxa*, sotto una pluralità di aspetti: perché prende avvio da opinioni che sono per lo più condivise, perché è funzionale al prodursi di una opinione, perché si rivolge a un pubblico che non presenta particolari qualifiche e competenze, se non quella di esser chiamato a pronunciarsi, in base alla propria opinione, su questioni che sono strutturalmente aperte all'alternativa.

La condivisione e la condivisibilità sono necessarie per il formarsi stesso dell'opinione. A differenza delle immagini che ciascuno può evocare da sé, anche tenendo gli occhi chiusi, avere un'opinione non dipende da noi²¹, dal momento che essa rinvia sempre ad un'opera di persuasione che si radica nel *logos*. Inoltre, proprio in virtù del suo poter essere vera o falsa, l'opinione è rivedibile e, come tale, costituisce lo stimolo per discutere l'uno con l'altro.

In questa prospettiva, l'endossalità non caratterizza solo le premesse a partire da cui viene condotta l'argomentazione che mira a persuadere, ma, più in generale, il discorso persuasivo nel suo complesso²². Quando ci si muove nell'orizzonte dell'opinione, è fondamentale avere come punti di riferimento delle prese di posizione che siano consolidate. Come noto, il tema della valenza epistemologica degli *endoxa*, della verità dei loro contenuti, è stato oggetto di ampi dibattiti, soprattutto sul finire del secolo scorso²³. Uno dei

²⁰ *Rhet.*, A, 2, 1357 a 16-19. Piazza 2000; Rapp 2002a, 323-35; Rapp 2002b, 57-74; 223-40.

²¹ *De An.*, Γ, 3, 427 b 20.

²² Piazza 2008, 64.

²³ Sullo statuto epistemologico degli *endoxa* cfr. Olivieri 1983; Sainati 1993; Most 1994; Berti 2001; Rapp 2002a, 257-51; 2002b, 300-308; Seminara 2002; Piazza 2008, 62-64.

risultati più importanti di queste discussioni è probabilmente l'aver chiarito che nell'ottica di Aristotele non vi è una contrapposizione fra *endoxa* e *verità*, ma che gli *endoxa* rappresentano piuttosto un certo modo d'essere della verità, quello per cui alcunché è *accettato in quanto è ritenuto vero*²⁴. Come si è visto, a ciò non concorre solo il contenuto oggettivo di ciò che si opina, ma anche – e soprattutto – il fatto che queste opinioni siano autorevoli, o per la loro diffusione o per il prestigio di chi le professa.

Il fatto che, nell'opinare, si muova da *endoxa* non preclude la discussione, ma anzi ne istituisce il terreno comune, quel terreno su cui si possono formulare domande, avanzare dubbi e fornire prove. Come messo in luce da Heidegger, data la possibilità di essere vera o falsa, l'opinione è strutturalmente rivedibile, discutibile: anzi, dal momento che «l'opinione implica che *anche altri* ce l'abbiano»²⁵, opinare è la base e lo stimolo per la discussione. Tuttavia, questo discorrere e discutere si mantiene sempre ad un livello di comprensione, di approfondimento che possiamo indicare come il livello *medio* del *si dice, si pensa*, quel livello, cioè in cui «non si ha alcun bisogno di indagare tutto», ma «ci si attiene a ciò che dicono gli altri»²⁶.

Da questo punto di vista, l'opinare si colloca nell'orizzonte dell'asserire più che in quello del ricercare. L'opinione è una *phasis* più che una *zetesis*²⁷, non è una indagine sullo stato delle cose nel mondo, ma è piuttosto una presa di posizione su di esso nel quale si riflette un punto di vista che è per lo più accolto e condiviso. Il fatto che avere molti figli sia una buona cosa non è (nella Grecia di Aristotele) nulla di oscuro, *ouk adelà*²⁸, che necessiti di spiegazioni, così come tutti più o meno concordano sul fatto che la felicità consista in certe cose²⁹.

La *doxa* può occuparsi di tutto, può estendere su tutto il suo dominio, anche su quelle cose che sono sempre ed eterne³⁰, ma lo fa sempre in modo tale che ciò di cui si occupa è ricondotto e riconducibile a ciò con cui si ha familiarità, con ciò che in genere *si sa*, è evidente e, come tale, non ha bisogno di essere messo in questione. La familiarità che consente di muoversi entro un orizzonte quotidiano è essenziale all'opinione: in un certo qual modo convincersi di qualcosa significa avere ricondotto la questione trattata entro l'ambito di ciò con cui si è soliti avere a che fare. Da questo punto di vista, l'opinare – almeno laddove ci si deve pronunciare – ha sempre a che

²⁴ Piazza 2008, 63.

²⁵ Heidegger 2002, 18:149; Heidegger 2017, 179.

²⁶ Heidegger 2002, 18:151; Heidegger 2017, 181.

²⁷ *Eth. Nic.*, Z, 10, 1142 b 13-14.

²⁸ *Rhet.*, A, 5, 1360 b 39.

²⁹ *Rhet.*, A, 5, 1360 b 17-18.

³⁰ *Eth. Nic.*, Γ, 4, 1111 b 31.

fare con l'opinabile: non nel senso che si occupi solo di cose intrinsecamente opinabili, ma nel senso che in tanto le può trattare in quanto gli sono divenute familiari, le ha ricondotte all'interno del suo modo di trattare. In questo senso, l'orizzonte dell'opinare è, per l'opinare stesso, insuperabile³¹. Anche laddove la *doxa* stimola a discorrere l'uno con l'altro, tuttavia l'esito della discussione ha comunque «a sua volta il carattere di una *doxa*»³². Le stesse discussioni, e gli strumenti attraverso i quali esse vengono accese, condotte e risolte, si radicano nel terreno della *doxa*.

Il mio intento, ora, è di mostrare che queste coordinate possono gettare luce su di uno dei temi classici che impegnano sia dottrina sia giurisprudenza, ossia il rapporto tra il sapere scientifico e l'accertamento del fatto nel processo. Poiché si tratta di un problema su cui molto si è scritto e molto si scrive e si scriverà, intendo restringere la mia trattazione all'esame di un caso che ha visto coinvolta la Corte Suprema degli Stati Uniti: la controversia *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical Inc*³³. Questa scelta deriva da almeno due ordini di ragioni. Anzitutto per la notorietà internazionale che ha assunto la vicenda, testimoniata, tra l'altro, dal fatto che la pronuncia della Corte Suprema ha influenzato anche la giurisprudenza di altri Paesi, tra cui anche l'Italia. In secondo luogo, per il fatto che quella decisione è stata oggetto di esame e di critica proprio sotto un profilo epistemologico.

4. Il caso *Daubert*

4.1. I contorni

Data la notorietà del caso, mi limito qui a riprenderne gli aspetti che sono essenziali rispetto a questa trattazione. La vicenda *Daubert* riguarda una richiesta di risarcimento avanzata nei confronti della Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., produttrice del Bendectin, un farmaco antinausea solitamente prescritto alle gestanti³⁴. A detta delle parti attrici (Jason Daubert, Eric Schuller e i rispettivi genitori), tale farmaco, assunto dalle madri, aveva causato le gravi malformazioni presenti nei bambini.

³¹ Ciò non significa che a partire dall'opinione – magari dall'opinione dei sapienti – non si possa procedere oltre: questo infatti è proprio il modo in cui Aristotele imposta la sua ricerca; ma, proprio per poter andare oltre, ci si deve affrancare dall'orizzonte dell'opinare: è richiesto cioè un cambio di piano epistemologico che mira alla scienza, cioè al sapere necessario. Sul tema della scienza aristotelica cfr. Mignucci 1965.

³² Heidegger 2002, 18:151; Heidegger 2017, 181.

³³ *Daubert v. Merrel Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S: 579 (1993).

³⁴ Per una ricostruzione agile e aggiornata delle vicende e dei principali riferimenti bibliografici, si veda Carlizzi 2019, 82–98. Per un esame della sentenza *Daubert*, cfr. anche Fuselli 2008, 49–62.

Il contenzioso approdò alla Corte Suprema che, nella sua autonomia, decise di occuparsene, dato che esso comportava la necessità di armonizzare due diversi principi di diritto, uno di fonte giurisprudenziale, un altro invece di fonte legislativa. I principi in questione riguardavano i criteri di ammissibilità della cosiddetta testimonianza esperta (*expert testimony*), che corrisponde all'incirca alla nostra consulenza tecnica o perizia di parte³⁵.

In sede civile, le corti in genere applicavano uno standard di ammissibilità alquanto permissivo. Se infatti si richiedeva che l'esperto fosse qualificato nel suo settore, la definizione di qualifica era molto libera³⁶. In sede penale, si faceva invece riferimento a quanto stabilito dalla cosiddetta *Frye opinion*, pronunciata nel 1923 dalla Corte di Appello del distretto di Columbia.

Questa corte si era espressa in merito alla richiesta presentata dall'appellante, condannato in primo grado per omicidio. La richiesta era di introdurre una prova a discarico, costituita dai risultati di un test al quale si era sottoposto l'appellante. Il test era stato condotto con un prototipo di poligrafo, una sorta di macchina della verità, in grado di rilevare la variazione dei dati pressori. La Corte aveva respinto il ricorso, stabilendo che il principio posto a base della deduzione probatoria doveva essere «sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs»³⁷.

Per la giurisprudenza, dunque, il *consenso generale* di cui godeva un dato principio scientifico entro una comunità qualificata ne attestava la sufficiente stabilità ai fini probatori del processo. Essere *generalmente accettato* era indice dell'essere sufficientemente *consolidato* (in quanto non più meramente sperimentale, ma dimostrato) e, quindi, dell'essere idoneo a sostenere le deduzioni probatorie in sede processuale.

Sul fronte legislativo, il panorama si era modificato quando, nel 1975, era entrata in vigore una disciplina organica sul tema della prova, i *Federal Rules of Evidence*. Rispetto al caso *Daubert* assume un particolare rilievo la regola 702 la quale, nella sua originaria formulazione, sanciva che «If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise»³⁸.

³⁵ Non rilevano, ai nostri fini, le differenti discipline che caratterizzano il nostro processo civile o penale.

³⁶ Bernstein e Lasker 2015.

³⁷ *Frye v. United States*, 293 F. 1013, 1014 (D.C. Cir. 1923).

³⁸ Come noto, la regola ha subito, anche in seguito al caso *Daubert*, alle ulteriori sentenze ad esso collegate, nonché al dibattito giuridico ed epistemologico che ne è sorto, una serie di revisioni che ha portato alla seguente attuale formulazione: «A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized

Come si vede, non c'è alcuna menzione del criterio del consenso generale, *general acceptance*, stabilito da *Frye*. Questa esclusione è tanto più significativa se si guarda all'ampiezza del raggio dei cosiddetti saperi esperti ammessi a fornire un contributo all'organo deputato alla ricostruzione del fatto. Accanto a competenze di tipo strettamente tecnico-scientifico, conseguite mediante una specifica istruzione, vengono infatti annoverate anche competenze acquisite attraverso l'esperienza, l'addestramento o addirittura frutto di particolari abilità. Il contenzioso concernente il caso *Daubert* attesta proprio la difficoltà di fare convivere le due prospettive, quella del principio giurisprudenziale del 1923 e quella legislativa del 1975.

Il convenuto, forte del parere di un importante e accreditato epidemiologo, supportato da una trentina di noti studi specifici, aveva sostenuto che non vi fosse alcuna prova di teratogenicità del farmaco. Per parte loro, gli attori non lo negavano, ma sostenevano, con il conforto di un nutrito numero di esperti di indubbia qualifica, che gli esiti di nuove indagini condotte con tecniche innovative mostravano la correlazione fra il farmaco e le malformazioni.

Tanto la Corte Distrettuale, quanto la Corte di Appello adite dalla parte attrice si erano pronunciate contro la ammissibilità dei nuovi studi, invocando (in modo più o meno esplicito) proprio il criterio *Frye* di *general acceptance*, e trascurando nella sostanza quanto previsto dalla regola federale 702. In modo analogo si erano comportate anche altre Corti statunitensi. Di qui la decisione della Corte Suprema di assumere il caso e di pronunciarsi in merito, tanto più che veniva adottato in sede civile un criterio stabilito in sede penale.

4.2. Il *Daubert standard*

L'esito della decisione è stato il cosiddetto *Daubert test* o *Daubert standard*, ovvero una serie di requisiti – che la Corte Suprema non qualifica né come esclusivi né come tassativi – sulla base dei quali stabilire l'ammissibilità della testimonianza esperta.

Tali requisiti sono, in modo succinto, a) in conformità con quello che la corte ritiene essere specifico della conoscenza tecnico-scientifica, la testabilità empirica del tipo di sapere – teoria o tecnica – su cui si basa la testimonianza esperta; b) l'eventuale pubblicazione su riviste specializzate o la

knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;(b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case», (*Federal Rules of Evidence*, 2022 Edition, <https://www.rulesofevidence.org/article-vii/rule-702/> consult. 03.10.2022). Sulle ragioni che hanno indotto e accompagnato l'opera di revisione, nelle sue varie fasi, cfr. Advisory Committee 2011.

sottoposizione a *peer review* della teoria o della tecnica in questione; c) la determinabilità del tasso di errore noto o potenziale associato a una data tecnica e la sussistenza di adeguati standard di controllo; d) il grado di accettazione di cui essa gode in una data comunità scientifica, quale indice della sua affidabilità (*reliability*).

In questo modo, la Corte Suprema supera il test *Frye*, alla luce delle direttive federali sulla prova, affidando al giudice il compito di sorvegliare che la testimonianza resa dall'esperto sia non solo rilevante per il caso in questione, ma sia anche basata su un fondamento affidabile, *a reliable foundation*. E questo, ad avviso dell'estensore, il giudice Blackmun, non può essere garantito che dal basarsi sull'impiego corretto del metodo scientifico.

La sentenza solleva in primo luogo delle questioni strettamente giuridiche concernenti la prevalenza o meno della fonte legislativa su quella giudiziale o la peculiare interpretazione del testo della regola 702. Questa, infatti, così come non fa menzione del criterio di *general acceptance*, non impiega nemmeno termini come *relevant* o *reliable* né restringe il campo della testimonianza esperta alla sola conoscenza scientifica. Tuttavia, per cogliere la portata di questa decisione, è importante guardare più da vicino il modo in cui quei criteri sono proposti e sostenuti.

Il giudice Blackmun parte da delle assunzioni di fondo sul senso delle regole federali che, a suo parere, impongono che sia dichiarato ammissibile solo ciò che è rilevante e affidabile. Su questa base, sostiene che, ai sensi della regola 702, con ciò si debba intendere in modo specifico la conoscenza scientifica, cioè una conoscenza fondata nei metodi e nei procedimenti che sono propri della scienza. Questo non perché la scienza dispensi certezze nei risultati, ma per il rigore del metodo seguendo il quale si forma la conoscenza scientifica. La necessità di fornire dei criteri, degli indicatori, per stabilire se la testimonianza esperta di cui va valutata l'ammissibilità si basi su di un metodo scientificamente valido porta così il giudice a proporre una lista che non presenta come definitiva, ma come delle osservazioni generali.

Come si ricordava, il primo requisito – che viene qualificato come *key question* – per determinare se una teoria o una tecnica («theory or technique») rientri nel novero della conoscenza scientifica («scientific knowledge») è se essa sia stata o possa essere (empiricamente) testata. Questo requisito viene sostenuto ricorrendo a diverse citazioni. Una, tratta da un saggio di un noto giurista, Michael Green, dedicato al tema della testimonianza esperta, che definisce cos'è la «scientific methodology»³⁹, una seconda da un saggio dell'epistemologo Hempel, che chiarisce quando un asserto costituisce una

³⁹ M. D. Green 1991.

«scientific explanation»⁴⁰, la terza dal volume di Popper sullo statuto della ricerca scientifica, che definisce il criterio per la scientificità di una «theory»⁴¹.

Il requisito della pubblicazione o della sottoposizione a peer review, che viene qualificato come pertinente, è proposto con una certa circospezione. Mediante il rinvio a studi specialistici pubblicati anche su riviste di ambito medico, si fa notare infatti che la mancanza di pubblicazione non intacca di per sé la attendibilità di uno studio, anche se la sua presenza può essere un requisito rilevante per stabilire la validità scientifica della teoria o della tecnica che stanno alla base della testimonianza esperta.

La considerazione – *addizionale* – del tasso di errore dovrebbe intervenire solitamente nel caso in cui si tratti di una tecnica scientifica particolare. Questo requisito viene spiegato mediante il rinvio a casi precedenti. L'uso di precedenti ma anche il rinvio a letteratura specialista sul tema della attendibilità probatoria è alla base anche della formulazione del quanto criterio. Qui – *finally* – viene ripreso lo standard di *general acceptance* stabilito da *Frye*, ma viene rivisto e riconsiderato in termini di grado di accettazione o diffusione all'interno di una data comunità scientifica, quale indice della sua attendibilità.

5. Per una rilettura in chiave aristotelica

5.1. Le critiche di Susan Haack

Gli effetti della sentenza *Daubert* sono stati, per certi versi, esplosivi, non solo per il dibattito che essa ha generato, ma anche e soprattutto sul piano giurisprudenziale. La stessa Corte Suprema, si trovò a dovere rideterminare, se non a modificare, il senso della sua decisione a fronte delle difficoltà che ne erano sorte. In letteratura si è infatti soliti collegare a questa sentenza due altri casi successivi – *Joiner* e *Kumho* – parlando di *Daubert Trilogy*. Inoltre, anche la stessa regola 702 fu rivista, modificandone la formulazione. Se da un lato ora compare espressamente il requisito della attendibilità, della *reliability*, questo non è affatto connesso a quello della scientificità.

Al di là di profili strettamente giuridici, il cuore del problema è risultato essere proprio la nozione di scienza e di scientificità emergenti dalla sentenza. Del resto, anche uno dei membri della Corte, il giudice Rehnquist, aveva espresso, nella sua *dissenting opinion*, tutte le sue riserve sull'opportunità,

⁴⁰ Hempel 1967, 49: «[T]he statements constituting a scientific explanation must be capable of empirical test».

⁴¹ Popper 1989, 37: «[T]he criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability».

oltre che sulla necessità, che la Corte si avventurasse su di un terreno che le era del tutto ignoto, per il quale non aveva gli strumenti e le competenze.

Su questo piano, però, le critiche più aspre sono venute da una importante epistemologa, Susan Haack, la quale ha dedicato alla sentenza e alle questioni che essa solleva una nutrita serie di studi distribuiti nell'arco di almeno due decenni⁴². Ciò che li rende particolarmente significativi è il fatto che essi si collocano in un quadro di insieme assai articolato, che mira a illuminare i caratteri propri dell'epistemologia giuridica e ad esercitare così una funzione critica, decostruttiva e ricostruttiva, della *filosofia della scienza* delle Corti federali⁴³.

La prima critica che Haack muove al giudice Blackmun, in qualità di estensore della sentenza, è quella di avere prodotto una confusione di diversi piani⁴⁴. Vengono messi assieme quesiti diversi, che attengono a questioni non riducibili: un conto infatti è chiedersi quali siano i caratteri distintivi del metodo scientifico, un altro è porre la questione del grado di garanzia di singole teorie o tesi scientifiche e un altro ancora è il problema della affidabilità di test o di tecniche scientifiche specifici.

In particolare, Susan Haack imputa alla Corte di avere compiuto due mosse errate.

La prima consisterebbe nel richiamo improprio al pensiero e al linguaggio di Popper. Al di là delle critiche che la studiosa esprime nei confronti dell'impostazione di Popper⁴⁵, la sua nozione di *falsificabilità* sarebbe incompatibile, infatti, con un qualsiasi asserto singolare che afferma l'occorrenza di un evento osservabile in un tempo e in un luogo specifici. Inoltre, secondo Popper, di nessuna teoria scientifica si può mai dire che essa sia vera o persino probabile, o affidabile, ma semmai solo che è "corroborata". Nel suo linguaggio, questo termine non è equivalente a "confermata" e non implica l'essere vera o l'essere probabilmente vera, ma solo l'essere stata messa alla prova, testata, e non essere stata ancora falsificata.

La seconda mossa errata consisterebbe poi proprio nell'accomunare Hempel, cioè un pioniere della logica della conferma, a Popper, il quale invece negò sempre legittimità epistemologica ad una tale prospettiva. In ogni caso, ciò che interessa a Hempel, ossia la conferma delle generalizzazioni mediante istanziazioni positive, sarebbe troppo semplificato per potersi applicare alla complessità dell'intreccio di molteplici discipline che hanno a che fare

⁴² Molti di essi raccolti in Haack 2014, parzialmente tradotto in Haack 2015.

⁴³ Haack 2010, ora in Haack 2014, 122–55, trad. it. Haack 2015, 157–205.

⁴⁴ Haack 2001; Haack 2005, ora in Haack 2014, 104–21 trad. it. Haack 2006; Haack 2010, ora in Haack 2014, 122–55, trad. it. Haack 2015, 157–205.

⁴⁵ In particolare, oltre a sostenere che Popper è alla fin fine uno scettico, a suo giudizio il problema della demarcazione è un falso problema.

con un caso come *Daubert*⁴⁶. Quello che lui offre è una concezione di conferma relativa, cioè della relazione tra l'evidenza osservabile e l'ipotesi, che è sempre questione di gradazione e che come tale non serve a discriminare in modo netto fra testimonianza affidabile e non affidabile.

In questo modo, secondo la studiosa americana, con la sentenza *Daubert* viene imboccata una strada sbagliata tanto nella indicazione degli strumenti, quanto nella determinazione dei fini, distogliendo i giudici dallo svolgere quella funzione di custodia (*gatekeeping*) che si attribuiscono. A suo avviso, infatti, le filosofie della scienza di Popper o di Hempel non forniscono al giudice criteri di giudizio per stabilire se un elemento di prova è realmente scientifico o quanto esso sia attendibile: nell'ottica di Popper, infatti, una conoscenza scientifica oggettiva non è nient'altro che una congettura non ancora falsificata; mentre l'approccio di Hempel non fa che distinguere tra le teorie confermate e quelle non confermate⁴⁷.

A rincarare la dose, Haack sostiene poi che il vero problema che soggiace all'intera impostazione del caso *Daubert* non sarebbe dato tanto dall'aver confuso due diverse prospettive filosofiche, ma dall'aver fatto altri due tipi di confusione.

Il primo consiste nell'aver stabilito una sorta di equivalenza fra *scientifico* e *affidabile*. Se, infatti, si prescinda da un uso meramente onorifico del termine "scientifico" – uso che senza dubbio è presente in *Daubert* – allora i due concetti non sono affatto sovrapponibili. Non tutti e non solo gli scienziati sono ricercatori affidabili, così come non è affidabile tutta e solo l'evidenza scientifica⁴⁸.

Dall'altro lato, la sentenza si basa su di una pretesa che è fuorviante, ossia che esista qualcosa come un *metodo scientifico*, cioè un unico modo razionale di trarre inferenze o una procedura che sono usati da tutti gli scienziati e solo da loro. Ma «un tale metodo non esiste»⁴⁹. Infatti gli scienziati non fanno altro che o formulare congetture e saggiarle alla luce dell'evidenza disponibile; ma questo procedimento è «comune a ogni tipo di indagine empirica»⁵⁰. Da

⁴⁶ Haack 2001, 11.

⁴⁷ Haack 2001, 12.

⁴⁸ Cfr. Haack 2014, 111; trad. it. Haack 2006, 312. Sulle possibili rese del termine *reliability*, rinvio alle osservazioni di G. Tuzet, che ha tradotto l'articolo di S. Haack, *ivi*, p. 305.

⁴⁹ Haack 2001. Da un'altra prospettiva, critica contro il mito del metodo scientifico che permane anche in *Daubert*, Jasanoff 2005.

⁵⁰ Haack 2001. Questo comporta che se «Qualcosa come "il metodo-ipotetico deduttivo" è davvero il cuore di ogni ricerca», non è proprio per questo «distintivo della ricerca scientifica», (Haack 2006, 313). Vale la pena ricordare anche quanto sostenuto da Amsterdamski 1981, secondo il quale «entrambe le metodologie possono esser viste più come proposte di etica scientifica che come spiegazioni dell'effettivo procedere della scienza e della sua effettiva realtà».

questo punto di vista vi è una continuità tra la scienza e il senso comune che non consiste tanto nei contenuti, ma nei modi fondamentali di condurre la ricerca scientifica e l'indagine quotidiana. La scienza ha esteso i sensi o la capacità di calcolo mediante l'impiego di specifici strumenti, ma le svariate tecniche che vengono impiegate dagli scienziati in questo o in quel campo non dispongono di una validità universale, trasversale a tutti gli ambiti scientifici, né hanno funzione costitutiva di ciò che è realmente scienza.

5.2. Lo sfondo endossale

Rispetto a queste critiche, ritengo sia opportuno introdurre una distinzione preliminare tra i contenuti specifici dei singoli punti, i singoli nuclei tematici messi in luce nella discussione, e la prospettiva generale che pare guidare l'analisi. Susan Haack legge la sentenza *Daubert* e più in generale quanto asserito via via da diverse Corti federali, come una incursione (*foray*)⁵¹ nella filosofia della scienza, se non addirittura come lo sviluppo di una filosofia della scienza federale⁵².

Senza entrare nel merito dei singoli aspetti toccati, si tratta di un assunto tutt'altro che pacifico. Infatti, il tipo di richiamo che viene fatto a teorici e teorie della conoscenza scientifica o, più in generale, alle nozioni di scienza e di scientificità impiegate dai giudici federali non mi pare abbia affatto né la pretesa né la forma di una *filosofia della scienza ad usum fori*. Se è una incursione, certo improvvida, nel dibattito epistemologico novecentesco, non lo è con l'intento di ricostruire, ampliare o risolvere questo dibattito con gli strumenti propri di una disciplina specifica quale appunto l'epistemologia.

Come dice la stessa Haack, si può distinguere tra le indagini che sono proprie della scienza (*Inquiry*) e quelle che invece sono proprie del foro (*Advocacy*)⁵³. Le condizioni in cui operano le due imprese sono differenti e differenti sono i loro propositi, dal momento che, come afferma anche il giudice Blackmun, compito del sistema giurisdizionale è di pervenire a giudizi definitivi e vincolanti in tempi rapidi⁵⁴. Ritengo che sia un buon criterio adottare anche per quel particolare atto giurisdizionale che è la sentenza *Daubert* quei principi generali che il suo estensore enuncia. Questo comporta che anche quanto vi viene affermato non si colloca nell'alveo dell'indagine scientifica, latamente intesa, ma della disputa giuridica.

In questa prospettiva, mi pare che un modo più acconcio di leggere l'intera operazione sia quello di impiegare l'apparato categoriale della retorica

⁵¹ Haack 2014, 105.

⁵² Haack 2014, 122, trad. it. Haack 2015, 157.

⁵³ Haack 2014, 195.

⁵⁴ Haack 2014, 35; trad. it. Haack 2015, 49.

aristotelica. Come si è visto, questa si rende necessaria ogni qualvolta si debbano prendere decisioni su questioni controverse per le quali non si dispone di una preparazione specifica. A tale riguardo, è necessario produrre quegli elementi che sono in grado di parlare a favore di alcunché. Per farlo, è bene partire da assunti che sono generalmente condivisi. Non è possibile, infatti, in un tribunale addentrarsi in una ricerca di tipo specialistico: non solo perché non vi sono i tempi e gli strumenti per farlo, ma anche perché non è questo il *modus operandi* della *doxa*. Per lo stesso motivo, non ha alcun senso prendere le mosse da posizioni che nessuno ha mai sentito o che nessuno è disposto a prendere in considerazione, perché non rientrano nel novero di quanto *si dice* o *si pensa*. Il discorso del giudice Blackmun si colloca quindi in un orizzonte che è interamente di tipo doxastico: si muove da *endoxa* per produrre null'altro che un *endoxon*.

In realtà, il livello endossale è quello sul quale si muove già *Frye*: il criterio di *general acceptance*, infatti, può essere visto come una traduzione in altri termini della nozione di *endoxon*. È vero che, in questo modo, il giudice è rimesso, in modo *obliquo*, al verdetto della sub-comunità scientifica di riferimento, invece di determinare da sé se l'evidenza scientifica presentata è un solido lavoro scientifico o una speculazione inattendibile⁵⁵. Ma questo è esattamente il motivo per cui, se si è nell'orizzonte della *doxa*, non ci si incammina in una ricerca solitaria, ma ci si attiene a «quelle che costituiscono opinione di tutti, o dei più, o dei sapienti, e, se di questi, o di tutti, o dei più, o dei più noti e stimati fra tutti»⁵⁶.

La questione, rispetto a *Frye* non è se concordare o meno con la decisione, ma mettere in chiaro quale è il terreno su cui si muove. Da questo punto di vista, per quanto ingenui e criticabili siano gli assunti che reggono questa pronuncia, la mossa fondamentale è quella di rimettersi a *quanto per lo più si dice* fra gli specialisti.

Non diverso mi pare il livello sul quale si pone la regola 702, in cui, quale che sia la versione, si dichiara che l'esperto, qualunque sia il particolare tipo di competenza o di conoscenza che lo rende tale, può rendere la sua testimonianza in forma di *opinione*, o altrimenti. La sua testimonianza è funzionale affinché il giudice del fatto sia messo nelle condizioni di comprendere – pur senza essere uno specialista – il significato di una determinata evidenza o determinare (cioè: farsi un'opinione circa) il fatto in questione⁵⁷.

⁵⁵ Haack 2001.

⁵⁶ *Top.*, I, 1, 100 b 20 (Aristotele 1974, 83).

⁵⁷ Ovviamente questo non significa che il credito sia immediato: il giudice, come si chiarisce nella formulazione più recente, deve verificare che sia presente una serie di requisiti.

Così mi pare si possa (ri)leggere anche l'impostazione generale delle argomentazioni sviluppate dal giudice Blackmun. Prendiamo ad esempio il punto in cui egli si avventura a stabilire una stretta correlazione tra scientificità e attendibilità. Non so se egli intendesse affermare una vera e propria equivalenza, come sembra ritenere Haack. Mi pare tuttavia che il discorso si regga su una serie di passaggi impliciti che, dal punto di vista della compattezza, non è opportuno dispiegare. Esso ha, per così dire, un carattere entimematico perché può permettersi di lasciare sullo sfondo quello che in generale *si* pensa.

Forse lo si potrebbe ricostruire in questo modo. La questione è stabilire ciò che rende attendibile un'evidenza o una testimonianza che ha che fare con il giudizio empirico. Ora, in generale, si può ben convenire (*endoxon*) che una affermazione controllata e controllabile sia più attendibile di una che non lo è. Tra tutte le imprese umane, quella scientifica è quella che è stata in grado, e lo è più di ogni altra, di produrre affermazioni controllate e controllabili circa i fenomeni empirici (*endoxon*). Quindi, proprio in virtù del modo in cui costruisce affermazioni controllate e controllabili, la scienza è in grado – più di e meglio di altre forme di sapere – di veicolare conoscenze attendibili (*endoxon*).

Allo stesso modo mi pare proceda laddove egli sembra adottare un paradigma falsificazionista, o – peggio ancora, a dire di Haack – si mostra convinto dell'esistenza di qualcosa come il metodo scientifico o si perita di indicare nella testabilità empirica il requisito chiave che dovrebbe guidare il giudice nel decidere circa l'ammissibilità di un testimone esperto. Egli non fa che attenersi a delle opinioni notevoli. Tali sono infatti, a ben guardare, le fonti di quelli che Haack giudica essere gravi fraintendimenti e confusioni del giudice Blackmun: il fraintendimento di Popper lo si ritrova in molti pareri (*amicus brief*) di personalità o associazioni *autorevoli* acquisiti dalla Corte Suprema per il caso in questione; la stessa idea di metodo scientifico viene formulata citando il contributo di un insigne docente di diritto. Anche laddove Popper e Hempel vengono citati, essi non lo sono per essere discussi, ma per avvalorare quanto asserito⁵⁸.

Anche solo scorrendo i titoli dei giornali di questi anni di pandemia, o ascoltando il modo in cui di volta in volta le competenti autorità hanno invocato la scienza a sostegno delle loro decisioni, o sfogliando qualche manuale scolastico di ogni ordine e grado (almeno in Italia), è arduo non riconoscere che, in generale e per lo più, *si* dia per scontato che vi è qualcosa come il metodo scientifico e che proprio l'attenersi a tale metodo consenta di pervenire a delle conoscenze che sono più garantite di altre. Se poi esista o meno

⁵⁸ Haack 2014, 134–40; trad. it. Haack 2015, 175–83.

il metodo scientifico, se abbia senso o meno porsi il problema della demarcazione sono questioni certamente capitali, rispetto alle quali tuttavia serve una preparazione specifica, servono strumenti storico-concettuali adeguati. Ma questo è proprio quanto manca a quel tipo di discorso pubblico che è intrapreso al fine di assumere delle decisioni su casi determinati.⁵⁹

6. Conclusioni

Da quanto visto, credo che vi siano almeno due sensi in cui si può affermare che l'opinare ha a che fare sempre con l'opinabile e che entrambi innervino l'attività giurisdizionale.

Da un lato, l'opinare si mantiene nell'orizzonte dell'opinabile nel senso che quelle decisioni che sono assunte sulla base dell'opinione che ci si è formata sono a loro volta opinabili, discutibili e rivedibili. Da questo punto di vista, il tratto più rivelatore del carattere doxastico del *Daubert standard* emerge proprio dalle vicende che ne sono seguite. Come noto, la stessa Corte Suprema, a fronte delle questioni che – sulla base di quello standard – erano state decise da alti tribunali e successivamente appellate, corregge il tiro. Così, ad esempio, accade nella sentenza *Joiner*⁶⁰, in cui viene riformulata la questione della attendibilità, che non è più riferita al metodo scientifico, ma ai risultati attinenti al caso concreto; o nella sentenza *Kumho*⁶¹, in cui si dichiara che i criteri *Daubert* non sono una lista tassativa, ma vanno letti alla luce della regola 702, e che quindi il vaglio di attendibilità deve essere condotto per ogni tipo di competenza specialistica, non solo scientifica, adattandolo al caso concreto. Per certi versi, l'istituto del giudicato non è altro che un modo per prendere atto della strutturale rivedibilità di ogni decisione che, non attingendo mai un livello ulteriore, diverso da quello del *doxazein*, deve trovare un punto di arresto di altra natura.

Il secondo dei due sensi è, in qualche modo, più impegnativo. L'opinare ha sempre a che fare con l'opinabile perché *assimila tutto ciò che tratta*, ovvero riconduce ogni questione di cui si occupa al rango di una opinione o di un opinabile. La conseguenza, sul piano dell'epistemologia processuale, è che le stesse conoscenze tecnico-scientifiche o specialistiche che vengono assunte

⁵⁹ Iacoviello 2013, 54: «La logica del giudizio altro non è che 'everyday knowledge', la logica quotidiana dell'uomo comune. Di un uomo, cioè, che ogni giorno affronta problemi e prende decisioni, facendo ricorso al buon senso e avvalendosi di quella che gli anglosassoni definiscono 'the available social stock of knowledge in a given society', vale a dire l'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico».

⁶⁰ *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

⁶¹ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 525 U.S. 137 (1999).

mediante l'apporto degli esperti in tanto sono dotate di senso solo in quanto vengono assimilate dall'opinare, trasformate dai suoi processi e dai suoi apparati di apprensione e di gestione delle informazioni. Lo stesso bisogno di consultare un esperto è, per certi versi, una espressione di questa assimilazione: lo si consulta perché *si sa* che è opportuno farlo.

Da questo punto di vista, non è ingiustificato asserire che il processo – e forse ciò vale più in generale per i vari procedimenti giuridici di soluzione delle controversie – costituisce un luogo di *trasformazione epistemologica*. Anche il sapere specialistico, tecnico-scientifico, in tanto fa il suo ingresso nel processo in quanto vi compare come *opinione qualificata*, consolidata. Quel sapere che si costruisce in modo sperimentale – e quindi in un contesto rigidamente determinato e ristretto, all'interno di specifiche assunzioni teoriche – viene ora esposto al confronto con istanze extrasperimentali⁶².

Lo stesso tipo di vaglio a cui vengono sottoposte le diverse ipotesi formulate dagli esperti sotto forma di pareri – consulenze o perizie – non è il vaglio cui normalmente si sottopongono le scoperte o le osservazioni delle scienze empiriche. Il controllo non è fatto al fine di incrementare o modificare un dato patrimonio scientifico o quella peculiare conoscenza o tecnica che di volta in volta viene assunta, ma al fine di stabilire se quel parere, quell'opinione, quell'ipotesi esplicativa, siano capaci di orientare una decisione e di reggerne il peso.

Questo non significa che l'opinare sia ottuso: al contrario, esso – come attestano le minuziose analisi aristoteliche circa le inferenze probatorie che si traggono da *eikota* e *semeia* o le raffinate indagini svolte nei *Topici* – richiede e impiega una poderosa dotazione di strumenti logico-critici. Tuttavia, in tanto questi strumenti funzionano in quanto trovano *già predisposto* un terreno, un orizzonte comune e condiviso all'interno del quale si può dare la distinzione fra vero e falso, fra corretto ed errato, fra veritiero e fraudolento, fra attendibile e non attendibile, fra praticabile e impraticabile, fra ragionevole e irragionevole, fra plausibile e implausibile.

⁶² Nota giustamente Claudio Sarra: «Il caso su cui è da decidersi non si offre all'esperto con le caratteristiche proprie del "campione di laboratorio" accuratamente preparato per garantire il rigore della procedura, né è ad esso paragonabile». Cioché, se «L'esperto» diviene qui il soggetto autorizzato a caricarsi di una specifica responsabilità: quella di veicolare l'affidamento dei soggetti che a lui si rivolgono verso contenuti idonei a costituirsi come elementi argomentativi nella giustificazione di una decisione, che stiano in luogo di altri (elaborati e sviluppati negli specifici contesti di costruzione scientifica, e per ciò stesso diversi da quello in gioco), rispetto ai quali si assume che il suo sapere specifico sia completo in termini di garanzia razionale» (Sarra 2015, 183), allora la questione cruciale diviene proprio il modo in cui si costituisce, nella concretezza del processo, quello *stare al posto di*. Di un trascolorare dell'*episteme* nella *doxa* parla anche, in relazione al processo penale, Ferrua 2004.

L'opinare, nel dispiegare le sue potenzialità, tutto può fare, fuorché mettere in discussione questo terreno, che ne custodisce le condizioni di possibilità e che gli è *domestico*, familiare. Farlo, significa intraprendere una diversa avventura epistemologica. Da questo punto di vista, che l'opinare abbia sempre e soltanto a che fare con l'opinabile non significa altro che tutto ciò di cui tratta viene *addomesticato*, cioè ricondotto all'interno di quelle coordinate (tanto formali quanto sostanziali, tanto sintattiche, quanto semantiche quanto pragmatiche) che gli consentono di essere *a casa*: almeno quel tanto che basta per poter *asserire* alcunché, *discutere* le diverse asserzioni, *saggiare* la tenuta dei discorsi, *consolidarli o confutarli*, fornire *ragioni*, *pronunciarsi* in merito a opposte possibilità, *decidere e giudicare*.

Bibliografia

- Advisory Committee. 2011. «Notes of Advisory Committee on Proposed Rules». www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702.
- Amsterdamski, Stefan. 1981. «Verificabilità/falsificabilità». In *Enciclopedia Filosofica Einaudi*, 14:1011-31. Torino: Einaudi.
- Aristotele. 1974. *I topici*, trad. it. Attilio Zadro. Napoli: Loffredo.
- . 2001. *L'anima*, trad. it. Giancarlo Movia. Milano: Bompiani.
- . 2014. *Retorica*, a cura di Silvia Gastaldi. Napoli: Carocci.
- Aristoteles. 1960. *Aristotelis Opera*, ex recensione Immanuelis Bekkeri. 4 voll. Berolini: Academia regia Borussica.
- Bernstein, David E., Eric G. Lasker. 2015. «Defending Daubert: It's Time to Amend Federal Rule of Evidence 702». *William and Mary Law Review* 57 (1): 1–49.
- Berti, Enrico. 2001. «Il valore epistemologico degli endoxa secondo Aristotele». *Seminarios de filosofia* 14–15: 111–28.
- Carlizzi, Gaetano. 2019. *La valutazione della prova scientifica*. Torino: Giappichelli.
- Federal Rules of Evidence*. 2022. Michigan Legal Publish. <https://www.rulesofevidence.org/>.
- Ferrua, Paolo. 2004. «Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali». In *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, di Cherif Bassiouni, Giovanni Canzio, Paolo Ferrua, Ettore Randazzo, Delfino Siracusano, 61–78. Milano: Giuffrè.
- Fuselli, Stefano. 2008. *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*. Milano: FrancoAngeli.

- Green, Lawrence D. 1990. «Aristotelian Rhetoric, Dialectic, and the Traditions of Ἀντίστροφος». *Rhetorica* 8 (1): 5–27.
- Green, Michael D. 1991. «Expert witnesses and sufficiency of evidence in toxic substances litigation: the legacy of Agent Orange and Bendectin litigation». *Nw. UL Rev.* 86: 643–99.
- Grimaldi, William M.A., SJ. 1980. *Aristotle, Rhetoric I. A Commentary*. New York: Fordham University Press.
- Haack, Susan. 2001. «An epistemologist in the bramble-bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner». *The Journal of Philosophy, Science & Law* 1 (1): 1–30.
- . 2005. «Trial and error: the Supreme Court's philosophy of science». *American Journal of Public Health* 95 (S1): S66–73.
- . 2006. «Prova ed errore: la filosofia della scienza della corte suprema americana». *Ars interpretandi* 11: 303–25.
- . 2010. «Federal Philosophy of Science: A Deconstruction–And a reconstruction». *New York University Journal of Law and Liberty* 5: 394–435.
- . 2014. *Evidence matters: Science, proof, and truth in the law*. Cambridge University Press.
- . 2015. *Legalizzare l'epistemologia: Prova, probabilità e causa nel diritto*. Milano: EGEA.
- Heidegger, Martin. 2002. *Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie, GA*, Bd. 18, hrsg. von Mark Michalski. Frankfurt a.M.: Klostermann.
- . 2017. *Concetti fondamentali della filosofia aristotelica, a cura di Giovanni Gurisatti*. Milano: Adelphi.
- Hempel, Carl G. 1967. «Philosophy of natural science». *British Journal for the Philosophy of Science* 18 (1).
- Iacoviello, Francesco Mauro. 2013. *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*. Milano: Giuffrè.
- Jasanoff, Sheila. 2005. «Law's Knowledge: Science for Justice in Legal Settings.» *American Journal of Public Health* 95 (luglio): S49–58.
- Mignucci, Mario. 1965. *La teoria aristotelica della scienza*. Firenze: Sansoni.
- Most, G.W. 1994. «The Uses of Endoxa». In *Aristotle's Rhetoric. Philosophical Essays*, ed. by D.J. Furley e A. Nehamas, 167–90. Princeton: Princeton University Press.
- Olivieri, Luigi. 1983. «Problematicità e soggettività dell'apparire nella dialettica aristotelica dei "Topici"». *Verifiche* XII: 333–48.

- Piazza, Francesca. 2000. *Il corpo della persuasione: l'entimema nella retorica greca*. Palermo: Novecento.
- . 2008. *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*. Roma: Carocci Editore.
- Popper, Karl. 1989. *Conjectures and refutations: The growth of scientific knowledge*. 5th ed. New York: Routledge.
- Rapp, Christof. 2002a. «Einleitung». In *Aristoteles, Rhetorik*, 1er Halbband:169–384. Berlin: de Gruyter.
- . 2002b. «Kommentar». In *Aristoteles Rhetorik*, 2er Halbband. Berlin: de Gruyter.
- Sainati, Vittorio. 1993. «Aristotele. Dalla topica all'analitica». *Teoria XIII*: 1–117.
- Sarra, Claudio. 2015. «“Consumatori di scienza”. Il problema dell'incommensurabilità nell'uso giudiziale del sapere scientifico». In *Homo Oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di Riccardo Borsari, Luca Sammiceli e Claudio Sarra, 159–84. Padova: Padova University Press.
- Seminara, Laretta. 2002. *Carattere e funzione degli endoxa in Aristotele*. Napoli: La città del sole.

