

IL RUOLO DELL'ABDUZIONE NEL PROCEDIMENTO DI INDIVIDUAZIONE DEL DIRITTO

ARTHUR KAUFMANN[†]

I. Nessun teorico del diritto di rango pensa oggi, a differenza che in passato, che la *sussunzione* del caso sotto la norma, concepita come una *deduzione* logica, costituisca lo strumento essenziale per individuare il diritto, se non l'unico a disposizione. È certo vero che una sussunzione/deduzione ha luogo; prima che essa possa realizzarsi, tuttavia, devono essere individuate le premesse del procedimento deduttivo.

Facciamo un esempio ricavato dal diritto penale, al cui grande maestro, Heinz Müller-Dietz, desidero dedicare questo contributo: l'agente T manipola un fax in modo tale da far nascere la convinzione che le modifiche apportate non costituiscano opera sua quanto dell'autore del fax. È possibile sussumere questo caso sotto l'art. 267 del codice penale tedesco (falso documentale)? Risulta evidente che ciò è possibile nel caso il fax sia qualificabile come un documento (*Urkunde*), cosa questa notoriamente dibattuta (il presente contributo non tenterà ad ogni modo di rispondere a tale quesito). È altrettanto evidente che il procedimento di deduzione/sussunzione non può eliminare il carattere problematico di questa qualificazione. Tale questione dipende da come vengono ricavate la premessa minore e la premessa maggiore del procedimento deduttivo (sussuntivo). Proviamo ad illustrare come ciò accade, per quanto in maniera molto sintetica.

[†] Quando questo fascicolo della rivista si trovava in stampa è giunta la notizia della morte di Arthur Kaufmann. Pur nel cordoglio per la scomparsa di uno tra i più importanti e attivi filosofi del diritto tedeschi del Novecento, ci fa piacere il pensiero che l'illustre maestro abbia affidato il suo ultimo scritto ad «Ars interpretandi», rivista cui si sentiva legato per evidenti affinità (G.Z.).

La *premessa maggiore* (*propositio major*) contiene la determinazione della «norma concreta», detta anche, con una diversa terminologia, «fattispecie astratta» o *Fallnorm*, vale a dire la norma già concretizzata alla luce del caso. In riferimento al nostro esempio, essa potrebbe essere così formulata: «Chi modifica un oggetto nel quale sia contenuta una dichiarazione di per sé comprensibile, in modo tale che l'autore appaia diverso da quello reale — posto che l'autenticità non dipende da una firma autografa e che tale oggetto non viene predisposto a fini probatori —, viene punito...» (in certi casi questa norma deve essere concretizzata mediante l'introduzione di elementi ulteriori). La costruzione della premessa maggiore è sotto il profilo logico un'*induzione*, dotata tuttavia di una particolarità che dovremo in seguito precisare.

La costruzione della premessa minore (*propositio minor*) avviene invece attraverso una *comparazione casistica*. Si mettono cioè a confronto il caso *problematico* con casi di documenti *chiari e non problematici*, come ad esempio un certificato d'esame o un titolo di credito. Va accertato quali caratteristiche del fax siano coincidenti con quelle dei documenti che risultano tali in modo chiaro, e sotto quale profilo detta concordanza appaia invece dubbia. Il fax costituisce il più delle volte una dichiarazione comprensibile qualora faccia trasparire chiaramente chi è il suo autore; se ciò non è esente da dubbi, la sua capacità probatoria diventa ancor più problematica. Tuttavia, come ho già detto, non intendo sciogliere in questa sede tale questione: mediante l'esempio proposto desidero solamente illustrare il metodo di individuazione del diritto.

La comparazione casistica, con cui si ricava la proposizione minore del procedimento sussuntivo, si sviluppa sempre nel modo seguente: il *meno conosciuto* viene comparato col *più conosciuto* (ad esempio il pianeta Marte viene posto a confronto col pianeta Terra sotto il profilo dell'esistenza di vita organica a partire dal presupposto del principio di uguaglianza, valido ovunque: in presenza delle stesse condizioni seguono gli stessi effetti). Ciò al fine di equiparare¹, sulla base delle caratteristiche coincidenti (ci troviamo di fronte in entrambi i casi a dei

¹ Si tratta della cosiddetta «Teoria dell'equiparazione» (*Gleichsetzungstheorie*): vedi su questo punto K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Winter, Heidelberg 1963³, in particolare p. 19 e p. 26; A. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung: Eine rationale Analyse. Deduktion, Induktion, Abduktion, Analogie, Erkenntnis, Dezision, Macht*, Beck, München 1999, qui pp. 65 ss.

pianeti, illuminati e riscaldati dal sole, nei quali si succedono i giorni e le stagioni), la caratteristica meno conosciuta (esiste vita su Marte) a quella più conosciuta (esiste vita sulla Terra) oppure di stabilire che Marte non è equiparabile alla terra sotto il profilo della vita organica in base ai caratteri non coincidenti (Marte ha un'atmosfera molto sottile e l'acqua è presente su questo pianeta solo sotto forma di ghiaccio). Comparare ciò che è meno conosciuto con ciò che è maggiormente conosciuto assume da sempre il nome di *analogia*. Non vi è alcuna scienza del reale che non si serva di essa². Poiché vi sono notevoli coincidenze tra Marte e la Terra — molte di più che tra altri pianeti — e quindi non appare inverosimile che su Marte vi sia vita organica, quand'anche soltanto in forma primitiva, è stata costruita una sonda costata duecentotrenta milioni di dollari, che dovrebbe permetterci di raccogliere nuove informazioni su questo pianeta. Nel caso la Terra e Marte fossero molto diversi, non sarebbe stata investita una somma tanto ingente. Si nota quindi quale importanza rivesta in ogni campo l'analogia, la comparazione tra casi, non da ultimo nell'ambito del diritto. L'esempio fin qui richiamato mostra inoltre che in luogo dell'analogia è sempre comunque possibile far ricorso, dal punto di vista *logico*, all'argomento *a contrario*. Ciò perché ogni cosa di questo mondo è al contempo uguale e diversa rispetto alle altre. Io sono uguale ad una pietra perché anch'io sono fatto di materia. E i gemelli omozigoti oppure i cloni sono perlomeno tra loro diversi sotto il rispetto della dislocazione nello spazio (cosa questa che ha una sua rilevanza per il diritto).

La costruzione della premessa maggiore, come abbiamo visto, avviene secondo un procedimento induttivo, mentre la premessa minore costituisce il risultato di una comparazione casistica, ovvero viene determinata facendo ricorso all'analogia. In quest'ultimo ambito non siamo quindi di fronte ad una *operazione logica*, quanto per l'appunto

² Vedi A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Decker & Müller, Heidelberg 1982², ad esempio p. 21. Molto interessante, tra le letteratura recente, K. Gloy-M. Bachmann (a cura di), *Das Analogie-denken. Vorstöße in ein neues Gebiet der Rationalitätstheorie*, Alber, München 2000. In questo volume viene sostenuto che il pensiero analogico rappresenta una forma di ragionamento razionale peculiare e di primaria importanza, che è stata riscoperta recentemente in particolare nella ricerca attorno alla creatività.

ad una *comparazione*³. Va quindi sottolineato che l'accertamento per via induttiva della norma concreta (fattispecie astratta, *Fallnorm*) può avvenire solo prendendo in considerazione il caso, mentre dal lato opposto la comparazione casistica può essere messa in atto solo *prendendo in considerazione una norma determinata*. Quando considero il caso del fax manomesso come una possibile truffa, le due premesse del procedimento deduttivo assumono un aspetto radicalmente diverso rispetto all'ipotesi di falso documentale. L'elaborazione del caso rispetto alla norma, che conduce a definire la fattispecie concreta (*Sachverhalt*), e della norma rispetto al caso, che conduce invece a definire la fattispecie astratta (*Tatbestand*), avviene in maniera reciprocamente correlata e nel medesimo tempo. Ad essere qui chiamata in causa è l'espressione oramai proverbiale di Karl Engisch, secondo cui l'individuazione del diritto costituisce «un'interazione continua, l'andare qua e là dello sguardo tra la premessa maggiore e la situazione concreta di vita»⁴, un concetto questo ripreso da molti altri teorici del diritto. Gustav Radbruch ha richiamato a tal riguardo un esempio assai fortunato, quello della costruzione di un tunnel: «La deduzione del concetto giuridico si sviluppa lungo un circolo aperto (...). La realtà del diritto si divide in due parti costitutive: l'una *a priori*, l'altra *a posteriori*. Ognuna di esse può essere ad ogni modo definita solo a partire dal rapporto che intrattiene con l'altra. Questo movimento circolare caratterizza ogni filosofia critica. Il procedere di una tale filosofia circolare potrebbe essere pensato come la costruzione di un tunnel che muova da entrambi i lati, nel mettere mano al concetto del diritto da entrambi i lati. Se le due gallerie si incontrano, il procedimento è riuscito. In filosofia non vi è altra prova di verità che la coerenza immanente del pensiero che abbraccia il tutto»⁵. È possibile costruire un tunnel cominciando a scavare da entrambi i versanti della montagna solo se i due capi della galleria restano continuamente in comunicazione tra loro: è questo «l'andare qua e là dello sguardo» di Engisch. Si tratta

³ Nei miei scritti giovanili avevo fatto riferimento ad un «procedimento analogico»; in seguito ho dovuto correggere sotto molteplici profili questa posizione.

⁴ Engisch, *Logische Studien*, cit., pp. 14 ss. Engisch sottolinea in queste pagine come non siamo qui di fronte ad un circolo vizioso.

⁵ G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, ora in Id., *Gesamtausgabe*, a cura di A. Kaufmann, Bd. 2, Müller, Heidelberg 1993, pp. 58 ss. Questo passo è riportato soltanto nella *Gesamtausgabe*. Si tratta di una postilla scritta da Radbruch a margine della sua copia personale del volume.

cioè del «circolo ermeneutico», il quale non va scambiato in alcun modo per un circolo vizioso, ma si identifica piuttosto, come ha mostrato Winfried Hassemer⁶, con una *spirale*: il circolo vizioso torna sempre al suo punto di partenza, non è possibile uscire da esso; anche la spirale piega di nuovo verso il punto di origine, ma non si chiude in esso. La spirale approda piuttosto su di un piano diverso, più «elevato».

Quando il fax viene equiparato ad un documento di cui all'art. 267 del codice penale tedesco, la deduzione/sussunzione diventa un procedimento più semplice e stringente. La deduzione, tuttavia, ha un carattere *analitico*: essa cioè non estende la nostra conoscenza, non ci conduce a scoprire qualcosa di nuovo. Il *nuovo* e l'*essenziale* nel procedimento di individuazione del diritto risiede nella premessa minore. Anche a tal riguardo Karl Engisch ha visto giusto⁷. La deduzione/sussunzione rappresenta solamente una procedura di controllo di giustizia, che si limita a *falsificare*, in base al «criterio popperiano»⁸, i possibili errori *logici*. Non è possibile determinare attraverso una deduzione se il procedimento è giusto (vero) dal punto di vista dei *contenuti*. Siamo qui di fronte a qualcosa di simile ad una *conditio sine qua non*, attraverso la quale non è possibile accertare un rapporto causale non ancora conosciuto, ma solo controllare se il nesso causale è formulato in maniera logicamente corretta.

II. È importante conoscere come si articolano i procedimenti logici e *fino a che punto essi possono essere certi*. Negli schemi che seguiranno userò la seguente simbologia:

R = regola (norma)
 F = caso
 E = conclusione

⁶ W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymann, Köln 1968, pp. 104 ss.

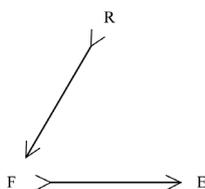
⁷ K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Giuffrè, Milano 1970, pp. 77 ss. Vedi su questo punto in particolare B. Schünemann, *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Juristisyllogismus und von der Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*, in F. Haft *et alii* (a cura di), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthhur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg 1993, pp. 299 ss.

⁸ K. Popper, *Logik der Forschung*, Mohr, Tübingen 1994¹⁰, pp. 47 ss.

- $\rangle \longrightarrow$ = parte certa del procedimento
 $\rangle \text{-----} \rangle$ = parte incerta del procedimento
 $\langle \text{-----} \rangle$ = circolo o spirale

Soltanto la deduzione (il sillogismo in senso stretto) costituisce un procedimento certo sotto ogni riguardo. Negli altri procedimenti logici sono certi solo i passaggi di tipo deduttivo. I passaggi del procedimento non riconducibili ad una deduzione non sono invece certi: proprio a questo livello si aprono gli spiragli attraverso i quali fanno capolino fattori come la *decisione*, la *forza* e l'*arbitrio* nel processo di individuazione del diritto. Ogni giurista dovrebbe ben sapere dove si trovano questi spiragli, in modo da poter scongiurare i pericoli che da essi derivano. Il giurista che non li conosce, si pone ciecamente alla loro mercé⁹.

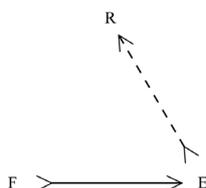
La *deduzione* presenta la seguente struttura logica:



La deduzione che porta alla conclusione costituisce soprattutto la modalità di pensiero del *giudice*. Ma essa non basta neppure per il pensiero del giudice. La deduzione, infatti, costituisce come detto un procedimento *certo*, ma ha lo svantaggio fondamentale di essere soltanto *analitica*: non può cogliere il nuovo, ciò che viene ricercato, ovvero la sentenza. In ogni procedimento scientifico c'è bisogno di deduzione, tuttavia in nessuna scienza, e comunque non in una scienza del reale, ci si può accontentare di essa.

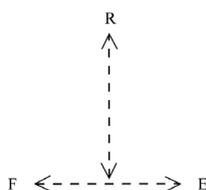
È possibile invece schematizzare la struttura logica dell'*induzione* nella maniera seguente:

⁹ Su questo punto debole dell'induzione, dell'abduzione e dell'analogia, vedi Kaufmann, *Das Verfahren*, cit., pp. 91 ss.



Attraverso l'induzione viene ricercata la regola (la norma). Essa rappresenta quindi la tipica modalità di pensiero del *legislatore*. Si tratta di un procedimento *sintetico*, che amplia la nostra conoscenza, ma allo stesso tempo *problematico*: non ci consente di trarre conclusioni cogenti. Come mostra la grafica, soltanto il passaggio da F a E è certo, non quello da E a R. La produttività dell'induzione dipende dall'ampiezza della base induttiva. Se prendo in considerazione soltanto un caso di falsificazione documentale per operare una comparazione, anziché dieci, una conclusione del tipo «il fax è un documento» sarà molto meno certa rispetto alla seconda eventualità. Un'induzione *completa*, che prevede la presa in considerazione di *tutti* gli elementi (*tutti* i possibili casi di falsificazione documentale) e la cui conclusione risulta quindi certa, non si presenta nella realtà; essa si dà solo matematicamente.

L'*analogia* non si lascia invece rappresentare secondo queste modalità lineari¹⁰, poiché presenta una forma analogica e non digitale. Inoltre, come già è stato osservato, essa *non costituisce un procedimento logico*. Com'è possibile rappresentare l'andare qua e là dello sguardo tra F ed E in presenza di R quale *tertium comparationis*? Forse nel modo seguente:



Quest'ultima figura va certo presa con le pinze. Essa evidenzia ad ogni modo che nell'*analogia tutto è incerto*. Nessun passaggio rivela

¹⁰ Ciò è osservato giustamente da K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin 1991⁶, p. 207.

un carattere deduttivo. Questo è il motivo per cui l'analogia viene guardata con sospetto, in particolare dai giuristi. I giuristi preferiscono infatti limitarsi a ragionare in maniera deduttiva — pensa a sussumere! — per provare che la giurisprudenza è una vera scienza: lo stesso Popper considera infatti valido in campo scientifico solo il procedimento deduttivo¹¹. Ma occultando la vera struttura del processo di individuazione del diritto, che non è mai certo e cogente (a quale pratico del diritto è necessario ricordare questo!) le cose non vengono rese più razionali, al contrario, si offuscano. Infine bisogna pure osservare che l'analogia, per quanto fonte di rischi, rappresenta pur sempre lo strumento più fecondo a disposizione delle scienze del reale per aprire nuove conoscenze. La «via maestra dell'analogia», come l'ha definita Kant¹², costituisce la modalità di ragionamento distintiva del *ricercatore* che intende scoprire territori nuovi; e grazie ad essa in particolare, ovvero in virtù della comparazione casistica, anche il processo di individuazione del diritto ricava il «nuovo», e cioè la sentenza.

Il comparare il noto con l'ignoto rappresenta una pratica così comune che non ci accorgiamo neppure di ragionare in maniera analogica. Proprio il giurista quando parla fa riferimento innanzitutto a «casi di...», per dimostrare che il caso problematico da decidere va considerato allo stesso modo o diversamente rispetto ad altri (più precisamente, è uguale o diverso, simile o dissimile). In queste situazioni non si riflette sul fatto che tali comparazioni casistiche non sono altro che delle analogie, finalizzate alla costruzione della premessa minore all'interno del procedimento sussuntivo. Quasi tutti i giuristi credono che l'analogia sia soltanto un metodo utilizzato per colmare le lacune. Ed essi aggirano il divieto di analogia presente nel diritto penale, nel momento in cui fingono che il «senso letterale possibile della legge»¹³ non rinvii in realtà ad un procedimento analogico.

¹¹ Popper, *Logik*, cit., pp. 41 ss., 51 ss., 84 ss. e *passim*.

¹² I. Kant, *Gesammelte Schriften*, Akademie Ausgabe, vol. 28, sez. IV, *Vorlesungen*, vol. 5, sez. II, parte II, *Vorlesungen über Metaphysik und Rationaltheologie*, W. de Gruyter, Berlin 1972, p. 1023.

¹³ Vedi su questo punto U. Neumann, *Die «mögliche Wortsinn» als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, in U. Neumann-J. Rahlf-E. von Savigny (a cura di), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Beck, München 1976, pp. 42 ss., il quale, pur assumendo un atteggiamento critico nei confronti di questa formula, non concorda *in toto* con la posizione da me sostenuta.

III. Fino ad ora ho tratteggiato il modo in cui vengono costruite la premessa maggiore e la premessa minore nel procedimento di individuazione del diritto, e come tale *iter* approdi ad un controllo di giustizia del ragionamento giudiziale. Ma *da dove inizia questo procedimento?* Da un caso, certo. Ma che tipo di caso? Come si giunge a ritenere, nell'esempio proposto, che *potremmo essere* di fronte ad un caso di falso documentale? Il giurista risponderebbe probabilmente che l'esigenza di accertare innanzitutto se il fax è un documento gli è dettata dalla sua *competenza professionale*. Se si chiede la stessa cosa ad un profano, questi con ogni probabilità risponderebbe che si potrebbe certo trattare di una falsificazione illegittima; se poi gli fosse chiesto come giunge a questa conclusione, egli risponderebbe che è la sua *sensibilità giuridica (Rechtsgefühl)* a suggerirglielo.

A partire dalla pubblicazione dell'opera maggiore di Hans-Georg Gadamer, *Verità e metodo*, sappiamo che ogni comprendere, anche quello in campo giuridico, ha luogo a partire da un «pregiudizio ermeneutico». In accordo con Josef Esser¹⁴, tuttavia, preferisco parlare qui di «precomprensione», poiché la parola «pregiudizio» ha assunto nel linguaggio comune una connotazione fortemente negativa. Alcuni propongono di far ricorso al termine «aspettativa di senso»¹⁵. Ciò a cui queste diverse espressioni fanno riferimento, ad ogni modo, dovrebbe essere sufficientemente chiaro. Non ci accostiamo a qualcosa che vogliamo comprendere senza alcuna cognizione preventiva dei suoi possibili significati o senza sapere cosa ci aspettiamo di trovare. Chi entrebbe mai in una libreria per acquistare un libro alla cieca, senza avere idea se si tratta di un libro di cucina o di una Bibbia? Chi va in libreria sa per lo meno se cerca un romanzo avvincente oppure un libretto di fantascienza da quattro soldi. Nel caso la sua scelta venga dettata soltanto dal colore o dalle dimensioni del libro, egli sarà guidato ugualmente da una precomprensione di quello che cerca. Ciò accade anche nei processi di comprensione giuridica. Ad ogni giurista risulta chiaro in via preventiva se la soluzione del caso va ricercata nel codice civile oppure nel codice penale.

Non è stato ancora chiarito, tuttavia, quale sia la struttura logica della precomprensione. I giuristi sospettano che dietro questo termine

¹⁴ J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, ESI, Napoli 1983.

¹⁵ Così Larenz, *Methodenlehre*, cit., pp. 206 ss.

si nasconda un procedimento di individuazione del diritto basato sulla valutazione delle conseguenze, il che suscita una certa diffidenza. Perfino nell'eccellente dottrina del metodo di Franz Bydlini si fa cenno ad una «precomprensione necessariamente molto personale»¹⁶. Ma non ci si può riferire alla precomprensione in questo modo. Essa costituisce, come cercherò di mostrare ora, un procedimento logico. Non si tratta di un procedimento certo, ma non dimentichiamo che non lo è neppure l'induzione.

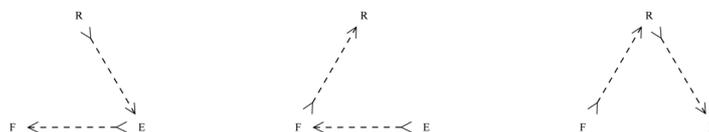
Ormai più di un secolo fa Charles Sanders Peirce¹⁷ ha osservato che oltre alla deduzione e all'induzione esiste un terzo procedimento logico: l'abduzione. E Peirce sapeva bene che l'abduzione precede l'induzione¹⁸. Se nei procedimenti deduttivi si muove dalle regole e in quelli induttivi si giunge ad essa, con l'abduzione si transita «attraverso» la regola¹⁹.

¹⁶ F. Bydlini, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Wien 1991², p. 554. Vedi anche *ivi*, pp. 154 ss., laddove l'autore affronta più da vicino il tema della precomprensione, senza tuttavia coglierne il nocciolo. Egli si confronta in particolare con le tesi di Josef Esser, per quanto non risulti ben chiaro se le abbia comprese fino in fondo. Non è presente invece alcun accenno ad Hans-Georg Gadamer. Credo che si faccia giustizia a Bydlini se si conviene che ciò che egli chiama «precomprensione» ha in comune soltanto il nome con ciò che Gadamer e l'ermeneutica in generale intendono con questo termine. Ad un'analisi attenta, è facile rilevare che si tratta di cose completamente diverse. Ciò in primo luogo per ragioni sistematiche. Bydlini inserisce il tema della precomprensione all'interno del seguente ordine sistematico: *Le reazioni scettiche nella dottrina del metodo giuridico*; III: *La critica radicale al dogmatismo nella giurisprudenza*; 2. *La dottrina della «precomprensione»*. All'interno di questo ordine argomentativo la precomprensione in senso ermeneutico non può trovare in alcun modo posto.

¹⁷ C.S. Peirce, *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1931-1958, 8 vol.

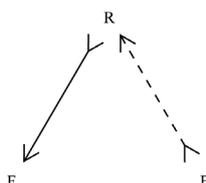
¹⁸ *Ivi*, V, p. 171.

¹⁹ Sono immaginabili anche i seguenti procedimenti logici:



Come risulta evidente, nessuno di essi presenta dei passaggi di tipo deduttivo. Non si tratta pertanto di procedimenti logici certi. Un interesse particolare riveste la terza figura, per la sua somiglianza all'analogia: comparazione tra F ed E dal punto di vista R (laddove tuttavia non viene in risalto l'andamento circolare del procedimento).

L'abduzione presenta la seguente struttura:



L'abduzione, quindi, muove in realtà dalla conclusione. Dobbiamo comunque conoscere cosa ci possiamo aspettare da essa e cosa invece no. Appare evidente dal grafico che siamo di fronte ad un *procedimento logico incerto*. Il passaggio da E a R non è presente nella deduzione; in quest'ultima è invece contemplato quello da R ad F. Ne deriva che l'abduzione formula soltanto un'*ipotesi*, ma pure sempre di una ipotesi si tratta: su Marte *potrebbe* esserci vita organica, il fax *potrebbe* essere un documento ai sensi dell'art. 267 del codice penale tedesco.

Se non facesse un'ipotesi di questo tipo, il giurista dovrebbe limitarsi a sfogliare i codici e i commentari senza un progetto o un fine, nella speranza di trovare casualmente qualcosa che faccia al caso suo. Come si potrebbe mai sapere senza precomprensione in quale direzione muoversi per spiegare un caso e raccogliere delle prove? La precomprensione costituisce un elemento irrinunciabile nel processo di individuazione del diritto, di cui ci si serve da sempre. Resta soltanto poco chiaro, o almeno così è stato fino ad oggi, cosa essa sia dal punto di vista logico.

Si può anche sostenere che l'abduzione si limita ad avanzare un *sospetto*. Così già Umberto Eco e alcuni altri autori²⁰ hanno intuito che l'abduzione, così come intesa da Peirce, costituisce il tipico stile di pensiero dei detective *à la* Sherlock Holmes. I detective tentano di immaginare cosa *potrebbe* essere successo (conclusione), e muovendo da questo sospetto escogitano un piano per catturare il (presunto) furfante. Lorenz Schulz è giunto così alla brillante conclusione che anche la *formulazione di un sospetto costituisce una parte integrante dell'attività della polizia criminale e del pubblico ministero*²¹. Ma non dobbiamo

²⁰ U. Eco-T.A. Sebeok (a cura di), *Der Zirkel oder im Zeichen der Drei: Dupin, Holmes, Peirce*, Fink, München 1985.

²¹ L. Schulz, *Verdacht und Abduktion. Ein Beitrag zur Definition eines strafprozessualen Grundbegriffs*, in «ARSP», 53 (1994), pp. 193 ss.

credere che il procedimento abduittivo rappresenti un elemento peculiare soltanto della procedura penale. Quando dico che un certo caso *potrebbe* essere qualificato come una *culpa in contrahendo*, la stessa cosa potrebbe essere formulata nel modo seguente: questo caso suscita in noi il *sospetto* di essere di fronte ad una *culpa in contrahendo* (il caso «puzza» di questo).

Il procedimento di individuazione del diritto si compone sempre – se consideriamo come sua parte integrante anche l’attività legislativa – di quattro momenti: *in primo luogo* abduzione, *quindi e allo stesso tempo* induzione e analogia, *infine* deduzione. A seconda dell’interesse primario perseguito da un certo operatore giuridico, uno di questi fattori assume un ruolo privilegiato. Il giudice insegue la soluzione del caso: egli ricorre quindi innanzitutto alla deduzione. Il legislatore ricerca invece la regola giuridica, e fa uso pertanto dell’induzione. Il giurista che studia il diritto ricerca invece il nuovo, ciò che ancora non è conosciuto: egli si richiama quindi all’analogia. Il giurista che avvia un procedimento, infine, si pone alla ricerca di un’ipotesi: questi ricorrerà cioè all’abduzione. Va da sé, tuttavia, che anche il giudice è uno studioso del diritto (egli ricerca la sentenza che ancora non gli è nota, e che non può ricavare con l’ausilio della sola deduzione) ed è pure legislatore (egli crea la norma concreta, genera il diritto di produzione giudiziale). E il legislatore è pure giudice (questi decide infatti quali sono i casi immaginari per i quali la norma da produrre deve valere) ecc. Che pure l’avvocato debba saper destreggiarsi tra tutti questi fattori, si comprende da sé. La cosa importante da sottolineare è la seguente: si deve sempre avere piena consapevolezza di quale passaggio logico si stia compiendo, e del suo grado di certezza. Solo così diventa possibile garantire la *razionalità* del metodo giuridico.

IV. Poco fa ho sottolineato come al giurista risulti chiaro, in virtù della sua *competenza professionale*, in che modo debba essere probabilmente giudicato un caso, e come il profano intuisca invece la soluzione virtuale grazie alla sua *sensibilità giuridica*. Abbiamo quindi due modi per ricavare un’ipotesi, ovvero un sospetto. E nei fatti anche la sensibilità giuridica rivela un carattere abduittivo.

In questa direzione si era espresso quasi cent’anni fa Gustav Radbruch, senza conoscere il procedimento abduittivo in quanto tale: «Direi che la sensibilità giuridica è *l’arte di tratteggiare una giusta*

precomprensione»²². Non siamo quindi di fronte ad una semplice abduzione. Ciò viene puntualizzato da Radbruch in un altro passo: «La sensibilità giuridica richiede uno spirito peculiare, in grado di elevarsi dal particolare al generale e di piegare nuovamente dal generale al particolare»²³. Qui ritroviamo ancora una volta lo slogan di Engisch, ovvero quell'andare qua e là dello sguardo tra la norma e la situazione di fatto. La sensibilità giuridica contempla quindi al suo interno anche un momento analogico. Oppure, come ho detto in altra sede²⁴, *la sensibilità giuridica è la facoltà di pensare analogicamente*.

V. Va ribadito che razionale è soltanto quel metodo giuridico nel quale colui che si pone alla ricerca del diritto diventa consapevole in maniera riflessiva dei singoli passaggi metodici che compie, così come del loro grado di certezza e incertezza. Nell'abduzione il passaggio da E a R è incerto: qui pertanto si nascondono i pericoli. Accade infatti che non si riconosca nella precomprensione una semplice ipotesi. Non si suppone cioè che il fax *potrebbe* essere un documento ai sensi dell'art. 267 del codice penale tedesco (coscienza del problema), ma si dà *fin dall'inizio* tale qualificazione per certa (falsa coscienza del problema). E questo atteggiamento rappresenta un peccato mortale per il giudice. Chi lo commette afferma fin da subito che il fax è un documento, e *resta di tale avviso* anche nel proseguo del ragionamento giuridico. Costui dovrà a questo punto semplicemente scegliere i canoni interpretativi che meglio si adattano alla sua decisione: interpretazione obiettiva, subiettiva, storica, teleologica, estensiva ecc. Anche in riferimento a questo fenomeno Gustav Radbruch ha trovato tanto tempo fa le parole giuste: l'individuazione del diritto è «il risultato del suo risultato; il mezzo interpretativo viene scelto soltanto quando la soluzione è già stata determinata»²⁵. E in maniera simile Karl Engisch osservava che nella pratica dei tribunali «è frequente notare come venga scelto di caso in caso quel metodo interpretativo che conduce alla conclusione più soddisfacen-

²² G. Radbruch, *Geburtshilfe und Strafrecht* (1907), ora in Id., *Gesamtausgabe*, cit., VII, p. 175.

²³ Id., *Rechtsphilosophie*, ora in Id., *Gesamtausgabe*, cit., II, pp. 336 ss., come anche nella recente edizione curata da R. Draier e S.L. Paulson, Müller, Heidelberg 1999, p. 101.

²⁴ Kaufmann, *Analogie*, cit., p. 36.

²⁵ G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, ora in Id., *Gesamtausgabe*, I, pp. 325 ss.

te»²⁶ (non si deve con ciò pensare, tuttavia, che Engisch e Radbruch ritenessero corretto questo modo di operare: tutto il contrario).

Non bisogna naturalmente dimenticare che il *giurista pratico* nei molti *casi giuridici non problematici* che incontra ogni giorno, articola la precomprensione in maniera *automatica*: egli elabora questi casi secondo della modalità di *routine*. Anche quando si tratta di formulare la premessa maggiore e la premessa minore del procedimento sussuntivo ci si comporta spesso così. Pretendere che ciò non succeda è chiedere troppo. In questi casi nasce l'impressione di operare una semplice susunzione, ma chiaramente anche qui la cose stanno diversamente. Un atteggiamento di questo tipo di fronte ai casi semplici non è tuttavia da biasimare. Il giurista che ha coscienza del problema sa comunque che non poche sono le situazioni in cui non è possibile operare in maniera automatica: egli è cioè consapevole che moltissimi casi possono essere giudicati in maniera *scientificamente corretta* solo *riflettendo* sui singoli passaggi metodici e sul loro grado di certezza e incertezza.

La *precomprensione* è un *procedimento abduttivo*. Attraverso di essa *non si ricava la soluzione del caso*, ma si formula *soltanto un'ipotesi*. L'ipotesi ha un *carattere provvisorio*. Abbiamo bisogno di essa per fissare un punto di partenza, il quale indica una direzione che forse ci consentirà di giungere alla soluzione del caso. Imboccata questa strada, è necessario ad ogni modo riflettere continuamente se non sia necessario apportare delle correzioni all'ipotesi di partenza. Può altrimenti accadere che la precomprensione si tramuti in *pregiudizio*, nell'accezione peggiore del termine. Se ciò dovesse accadere, non saremmo più di fronte ad un *metodo scientifico*, ma ad un imbroglio da ciarlatani.

Dove sta la novità della teoria dell'individuazione del diritto fin qui proposta? Solamente in questo: essa ci rende razionalmente coscienti di come il procedimento di individuazione del diritto sia stato da sempre praticato; ci dice poi che tale procedimento si sviluppa in maniera del tutto irriflessa, non sulla scorta di un metodo controllato scientificamente. Ci dice infine che così continua ancora a succedere nella prassi quotidiana.

(Traduzione dal tedesco di Damiano Canale)

²⁶ Engisch, *Introduzione*, cit., p. 125 (trad. it. modificata).