

Osservatorio sulle fonti

LA FISICA COME MODELLO PER IL DIRITTO?

(Intervento scritto in occasione della presentazione del libro di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Sassari, 29 gennaio 2014).

di *Laura Buffoni*¹

SOMMARIO: 1. L'epistemologia "fisicalista" di Bin. - 2. Sulla corrispondenza tra teoria kelseniana delle fonti del diritto e approccio newtoniano. - 2.1 La pratica della gerarchia normativa come limite dei giudici al potere politico. - 3. Dalla meccanica quantistica alla teoria delle stringhe. - 3.1 Dell'ontologia degli oggetti sociali. - 4. I continentali ed il postpositivismo giuridico analitico: il diritto come modello per le scienze naturali. - 5. La teoria discorsiva dell'interpretazione giuridica, l'uditorio ed il mondo delle probabilità.

Abstract: *The article aims to discuss the theory presented by professor Roberto Bin in the book "A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica" (Milano, Franco Angeli, 2013), according to which physical metaphors and intuitions can improve our comprehension of legal issues. In his book Professor Bin uses some paradigmatic shifts in physics (such as relativity theory and quantum physics) to illustrate the need of a revised constitutional theory. He argues, as Professor Lawrence Tribe firstly did in a famous essay of 1989, that scholars and lawyers can learn from modern physics, and, in particular, from quantum physics, to undermine the confidence of scientists in their ability to observe a phenomenon without altering it.*

Although agreeing with the heuristic ramification of the philosophy of science for legal studies and considering these metaphors as stimulating new studies, the Author argues that it is not correct to refer to natural sciences, such as physics, to leave the objective image of legal universe and particularly of constitutional issues. This is true, mainly because there is not an epistemological hierarchy between natural and social sciences. Even the scientific decisions borrow methodological options from the post-positivism science law – especially from the discursive theory of legal justification. In this perspective, at the opposite, natural sciences have to refer to legal doctrine.

¹ Ricercatrice di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Sassari.

Osservatorio sulle fonti

1. L'epistemologia "fisicalista" di Bin

Il fondamento epistemologico della proposta teorica di Roberto Bin è il parallelo tra scienza della fisica e teoria (delle fonti e dell'interpretazione) del diritto e, dunque, la commensurabilità tra scienze naturali e scienze sociali.

Su questa base descrive la corrispondenza tra la teoria kelseniana delle fonti del diritto e l'approccio alla conoscenza della fisica newtoniana e ne sostiene la conseguente inadeguatezza. Prescrive, poi, l'applicazione delle premesse epistemologiche della fisica quantistica alla teoria del diritto per limitare la discrezionalità del giudice, abbandonando la prospettiva della teoria delle fonti del diritto e svelando la sovrapposizione, mutandone il principio dalla teoria quantistica, tra il soggetto che interpreta e l'oggetto interpretato, guardato come un "documento" e, quindi, una "cosa".

Queste riflessioni tentano di rispondere a tre domande sollecitate dalla prospettiva epistemologica di fondo che si intravede dietro il saggio di Bin.

1. La teoria kelseniana delle fonti e dell'interpretazione è davvero deterministica e, dunque, newtoniana?

2. La teoria quantistica è l'epilogo o, meglio, la frontiera della fisica contemporanea come riteneva Tribe nel 1989?

3. Ma soprattutto le premesse epistemologiche della fisica possono costituire le premesse del discorso giuridico? È sostenibile oggi una proposta "fisicalista"²? O, in ogni caso, più modestamente, è utile il ricorso ad essa per prescrivere teorie dell'interpretazione giuridica che arginino il potere del giudice per i casi difficili? E ove se ne ravvisi la convergenza o coerenza con gli esiti e le soluzioni della teoria discorsiva del diritto è epistemologicamente sostenibile l'apporto del metodo quantistico all'ermeneutica giuridica, considerato che il presupposto di teoria della conoscenza della teoria discorsiva dell'interpretazione è l'autonomia e alterità delle "scienze dello spirito" (evolutesi nelle scienze sociali), dominate dalla logica argomentativa, rispetto alle scienze naturali ed in particolare alla fisica, fondate sulla logica dimostrativa e sperimentale (anche quella quantistica³)?

Partiamo dalle prime due, meno capitali.

2. Sulla corrispondenza tra teoria kelseniana delle fonti del diritto e approccio newtoniano

Secondo l'A. la teoria kelseniana delle fonti pretenderebbe di descrivere le strutture immutabili del sistema giuridico, ricorrendo a leggi eterne e considerando il mondo giu-

² Sul fisicalismo quale ipotesi filosofica che propone come linguaggio dei protocolli il linguaggio della fisica cfr. F. D'AGOSTINI, *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*, Milano, 1997, p. 232.

³ Anche per R. P. FEYNMAN, *Sei pezzi facili*, Milano, 2000, p. 22, l'esperimento è il solo giudice della verità scientifica.

Osservatorio sulle fonti

ridico come realtà obiettiva, allo stesso modo in cui la fisica newtoniana riconduce il mondo fisico a verità oggettiva. E ciò in aperto conflitto con la teoria dei quanti, che oppone al mondo di cose e fatti un mondo di possibilità e potenzialità, con conseguente impensabilità di interpretazioni obiettive.

In questo mondo di univocità, poi, Kelsen, alla ricerca di una teoria del diritto obiettiva depurata dalla metafisica, accetterebbe che il giudice crei diritto perché lo spazio della sua discrezionalità è delimitato dalla griglia, dallo schema, della costruzione gerarchico-gradualistica del sistema delle fonti. Ma la gerarchia regge sinché la Costituzione si limita a regolare la forma più che il contenuto delle leggi. Offuscandosi le caratteristiche di chiusura e monoliticità, il sistema perde di coerenza (p. 8). La discrezione del giudice è tollerata perché applica la legge e crea la norma di caso, ma lo schema non funziona più se il giudice deve applicare i principi generali codificati nella Costituzione ed i parametri kelseniani non servono a giustificare la discrezionalità del giudice (p. 10). Di conseguenza per Kelsen il procedimento d'interpretazione e di applicazione del diritto non desta particolari preoccupazioni perché è limitato dalla fonte superiore (p. 16).

Questa rappresentazione della teoria kelseniana è opinabile. Ma questo non dovrebbe preoccupare Bin perché, nella prospettiva quantistica, è ovvio che il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare. Se si allarga l'oggetto delle osservazioni, oltre la Dottrina pura del diritto, il risultato pare poco deterministico-newtoniano. La ricerca è utile, nel tentativo, che Bin condivide, di non vedere nello scetticismo la soluzione al problema dell'interpretazione, ma tutt'al più la constatazione realistico-descrittiva da cui prendere le mosse per prescrivere una soluzione.

a. In realtà, Kelsen non pare né deterministico né acquietato sull'immagine pacificante di un giudice che crea legittimamente nella griglia della *Stufenbau* né nella sua teoria delle fonti, né in quella dell'interpretazione giuridica che poi in larga misura coincidono⁴.

Dopo l'abbandono del «dualismo» tra la norma e la sua attuazione, che determinava l'insuperabile scissione tra la poiesi e la concretizzazione del diritto e del «legalismo radicale»⁵, che racchiudeva tutto l'ordinamento «nel letto di Procuste della legge»⁶, che avevano caratterizzato gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen, in forza della

⁴ Su cui G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica di Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, vol. 34, 1957, p. 217 ss.; E. BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 152 ss.; E. PARESCE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 193 ss.; M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, p. 93 ss.; F. COTTONE, *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *Analisi e diritto 2006*, Torino, 2007, p. 91 ss.

⁵ Il virgolettato è di A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, 2007, p. 355.

⁶ Secondo la celebre espressione di A. MERKL, *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, in *Juristische Blätter*, 47, 1918, trad. it. C. Geraci, *Il duplice volto del diritto*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987, p. 105.

Osservatorio sulle fonti

costruzione gradualistica dell'ordinamento, esplicita l'immedesimazione tra i due momenti della nomodinamica nella c.d. teoria della "cornice". Ogni atto è interpretazione-applicazione della norma superiore e, come tale, atto di conoscenza dello schema di produzione determinato dalla norma superiore e dei possibili significati in essa inclusi, ma, al contempo, è creazione di quella inferiore e, in quella misura, atto di volontà che sceglie una tra le possibili norme consentite dallo schema superiore. L'applicazione giudiziale della norma al caso concreto non è, quindi, mero atto di ragione, intellettuale o ricognitivo di norme già esistenti, ma atto di scelta, volitivo-discrezionale, tra le opzioni logicamente compatibili con la norma superiore e, quindi, atto creativo di diritto⁷. Quindi per Kelsen l'interpretazione e applicazione del diritto è volontà, con la conseguenza che tale procedimento non può essere deterministico, non è un *a priori*, in quanto l'interpretazione pura ci dice solo quali sono probabilisticamente le ipotesi ermeneutiche dentro le quali il giudice può scegliere. Basterà rammentare il passo del *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, ove la politicità che contrassegna la legislazione non è estranea neppure alla giurisdizione perché quest'ultima «comincia di solito proprio nel momento in cui il contenuto delle norme diventa dubbio e controverso»⁸ o, più tardi, dei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ove si legge che «il compito di estrarre dalla legge la sentenza giusta o l'atto amministrativo giusto è approssimativamente lo stesso di quello di creare, nello schema della Costituzione, le leggi giuste»⁹, per comprendere che le norme giuridiche individuali contenute nelle sentenze dei giudici (*richterliches Urteil*) partecipano, nella costruzione kelseniana del sistema normativo, al processo nomopoietico riassunto nella *Stufenbau*. Nel circuito dell'ermeneutica giudiziaria entrano elementi valutativo-soggettivi dell'individuo-giudice e la giurisdizione diventa una sorta di legislazione del fatto.

Ne deriva che per Kelsen il procedimento di interpretazione del diritto desta preoccupazioni, per la cui soluzione metterà addirittura in crisi l'impianto stesso della sua teoria pura del diritto.

In primo luogo, la soggezione del giudice alla sola legge e, con essa, la base teorica dell'indipendenza del giudice perdevano di senso di fronte alla constatazione della politicità della giurisdizione, tanto che, per salvare i principi dello Stato di diritto, la costruzione kelseniana della *Verfassungsgerichtsbarkeit* sarà dominata dall'assillo "democra-

⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 384 ss.; ID., *IV. Die Lehre voden der drei Gewalten oder Funktionen des Staates* (1923-4), *V. Justiz und Verwaltung* (1929), trad. it. C. Geraci, *IV La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, *V Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 88 ss.; ID., *Zur Theorie der Interpretation*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (1934), trad. it. C. Geraci, *Sulla teoria dell'interpretazione*, ivi, p. 157 ss.; ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 274-287; ID., *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Torino, 1985, p. 387.

⁸ H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1930-1, n. 6, trad. it. *Chi dev'essere il custode della Costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, p. 245.

⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, p. 123.

Osservatorio sulle fonti

tico” per la neutralizzazione valoriale della Costituzione¹⁰ (come nota Bin, ove afferma che la giustificazione kelseniana del potere del giudice di creare diritto regge finché regge il sistema gerarchico ed il sistema gerarchico regge finché la costituzione si limiti a regolare la forma delle leggi, p. 8), ma sul relativismo etico kelseniano l’influenza non è della logica formale e dimostrativa ma del pragmatismo di Vahinger, la cui filosofia del "come se" muoveva dall’idea, proprio come l’opzione epistemologica sottesa al saggio di Bin, che fosse possibile una unità fra i modelli della natura, quelli speculativi e quelli esperienziali e che tutta la conoscenza fosse finzione. Di oggettivo, di materialistico, vi era poco. Significativo che Vahinger abbia influenzato anche il pensiero del pragmatismo di Rorty, per il quale non esiste una differenza epistemologica tra la verità circa ciò che deve essere e la verità circa ciò che è, né alcuna differenza metafisica tra moralità e scienza", perché "gli schemi di tutte le ricerche - scientifiche come morali - è la deliberazione circa le relative attrattive delle varie alternative concrete. Il pragmatismo "è la dottrina secondo cui non vi sono limiti o paletti alla ricerca se non quelli della conversazione - nessun limite generale imposto dalla natura degli oggetti, o della mente, o del linguaggio, ma solo quei limiti particolari che sorgono nella discussione con i nostri compagni di ricerca", ovvero il riconoscimento del carattere contingente dei nostri punti di partenza e l'accettazione che l'unica fonte di guida per noi è la comune eredità e la discussione interna alla comunità umana. Quindi sul relativismo kelseniano ha esercitato influenza il padre della filosofia pragmatica, che però è anche quella filosofia contemporanea che predica l’unità de sapere, di cui è figlia anche la metafora euristica di Bin.

Peraltro, anche a limitare la Costituzione alla forma pluralistica della convivenza civile e politica degli individui, pena la sua dissoluzione o ineffettività, non può dimenticarsi che già nell’impianto kelseniano vi era un congiunzione diretta tra l’assenza di un radicamento sostanziale della Costituzione e la funzione creativa dei giudici, ossia la politicizzazione del giudice. E ciò per la ragione che «la limitatezza del compromesso parlamentare [...] priva di qualsiasi appoggio la conoscenza delle norme, rendendo [...] impossibile l’interpretazione giuridica dell’ordinamento positivo»¹¹.

In secondo luogo, per Kelsen l’immanente creatività della giurisdizione è a tal punto un problema che a sua giustificazione determina aporie nel pensiero kelseniano. Era ancora troppo vivido in Kelsen il ricordo della ««battaglia» per il controllo giurisdizionale della legge»¹², condotta dai giudici di Weimar sulla base del principio di eguaglianza e tradottasi in un sostanziale svuotamento, per via giurisprudenziale, dello Stato legislativo per non avvedersi della natura creativa della funzione giurisdizionale e dell’ipocrisia dell’impostazione logico-formalistica dell’interpretazione giuridica, che pretendeva di

¹⁰ Sull’influenza del pragmatismo di Vahinger sul relativismo etico elaborato da Kelsen in *Zur theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vahingers Philosophie des Als-Ob*, in *Annalen der Philosophie*, 1919, I, p. 630 ss., vedi G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, p. 129.

¹¹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, p. 36.

¹² G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 78.

Osservatorio sulle fonti

deporre i giudizi di valore alle soglie dell'attività interpretativa e per non maturare una sfiducia nei confronti del giudice¹³. Prima escogita la legittimazione cognitivo-razionale del giudice-custode e, dunque, ricerca la «via del ritorno a Montesquieu» ed al monismo della ragione. Nel «primo» Kelsen de *Le garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*¹⁴ la funzione di controllo costituzionale è funzione esecutiva e solo in maniera esigua creativa del diritto, è atto di ragione più che di volontà, è attività vincolata nel fine e nel mezzo ed in tali caratteri risiede il perché della sua qualificazione come funzione giurisdizionale.

Poi, nella celebre polemica che impegnò Schmitt e Kelsen sul «custode della costituzione», all'obiezione schmittiana Kelsen risponde con la teoria della creatività delle funzioni esecutive¹⁵. Tra funzioni giurisdizionali e funzioni politiche non vi è radicale inconciliabilità, poiché ogni attività giurisdizionale reca connotati normativi ed ogni interpretazione giudiziaria ha una ineliminabile dimensione di politicità, compresa quella del giudice delle leggi, per cui la natura politica delle questioni di legittimità costituzionale non le sottrae alla sfera del potere giurisdizionale. Il vate della *Verfassungsgerichtsbarkeit* arriva in *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* a riconoscere che «tutto ciò che si può dire sul piano di un esame teorico è che la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali» e che «i fautori della sua istituzione non hanno mai misconosciuto o negato l'eminente significato politico delle sue sentenze; ma non già che si tratti di un tribunale, che la sua funzione non sia giurisdizionale e, tanto meno, che questa funzione non possa essere affidata ad un organo dotato dell'indipendenza giudiziaria».

Ma l'argomento della creatività della funzione giudiziaria adoperato da Kelsen per difendere il suo modello di giustizia costituzionale dalle penetranti critiche schmittiane rischia di trasformare in argilla i fondamenti teorici della sua proposta politico-costituzionale e di far naufragare la dottrina pura del diritto e, con essa, l'edificazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* come astratta verifica della compatibilità (*Vereinbarkeit*) logica tra le due norme (legislativa e costituzionale) e della Corte kelseniana come garante della democrazia formale e delle forme dell'agire politico¹⁶.

Resta di certo la considerazione che la natura politica del giudizio attribuito alla competenza del tribunale costituzionale pone una domanda ostativa in termini di teoria democratica e cioè perché il controllo di conformità a costituzione, una volta svelatane

¹³ Sull'ideologia della magistratura nell'esperienza weimariana cfr. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, cit., p. 99 ss.; ID., *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 78 ss.

¹⁴ In *Annuaire Inst. Intern. Dir. Publ.*, 1929, trad. it. C. Geraci, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., p. 174.

¹⁵ H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, cit., pp. 241-4.

¹⁶ Sul punto vedi C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., pp. 49-50, che osserva come il «vero» Kelsen avrebbe dovuto rispondere all'argomento schmittiano dell'inutilità di un giudice per custodire la decisione politica fondamentale sulla base dell'ideologia parlamentare. Kelsen avrebbe – cioè – dovuto rispondere che il suo «principio maggioritario riunifica dal basso e favorisce il compromesso sul contingente, con l'iter parlamentare in funzione sublimatrice della soggettività e con il Tribunale costituzionale custode esterno delle sue regole fondanti».

Osservatorio sulle fonti

la funzione politico-creativa, deve essere attribuita, in un sistema democratico-rappresentativo, ad un giudice, seppure speciale¹⁷. Ma a questo neppure la fisica quantistica ed il principio di indeterminazione riesce a dare risposta.

E resta l'insufficienza e, comunque, l'inattualità della *exit strategy* escogitata dal giurista praghese, che pone il carattere breve della Costituzione, limitata alle sole regole sulla produzione normativa¹⁸, quale condizione pregiudiziale affinché il sindacato di costituzionalità non si traduca in una legislazione in forma giurisdizionale priva di ogni legittimazione e rimanga depositario della suprema razionalità giuridica¹⁹.

Tutto questo per dire che in Kelsen non pare rinvenibile alcuna forma di determinismo, perché, in fondo, la giurisdizione (l'interpretazione e applicazione del diritto) è creazione. Ed il parallelo con la fisica newtoniana può essere un'efficace metafora, un gioco narrativo, ma il problema di fondo che non risolve è la compatibilità del kelsenismo con il pluralismo.

b. La rappresentazione di una teoria dell'interpretazione del diritto che vede nel mondo giuridico una realtà oggettiva e univoca, pare più propria delle certezze del positivismo giuridico del XIX secolo à la Laband e Jellinek che del normativismo positivista kelseniano²⁰.

E la teoria kelseniana sembra lontana anche dall'*interpretative approach* della teoria di Dworkin del *one right answer*. Le conseguenze che Bin trae dall'applicazione delle premesse teoriche della fisica quantistica alla teoria del diritto, per cui non vi può essere "una" *right answer* per tutti i casi giuridici difficili, non sono, infatti, lontane dalla teoria kelseniana dell'interpretazione. Per Bohr e la sua teoria della complementarità "Se ogni osservatore è parte del sistema osservato allora tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi". Ne deriva la non univocità e non oggettività dell'interpretazione giuridica e la rappresentazione del mondo giuridico come mondo di potenzialità e probabilità. Ma a ben vedere nella dottrina pura del diritto kelseniana lo schema di produzione determinato dalla norma superiore consente più norme possibili, più opzioni logicamente compatibili con la norma superiore. Ne deriva che appartiene alle premesse epistemologiche del kelsenismo la possi-

¹⁷ Lo stesso H. KELSEN, *Le garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, cit., p. 190, considera lo spostamento di potere politico dal parlamento al giudice costituzionale come una sorta di male necessario, «certamente non voluto e politicamente controindicato».

¹⁸ *Ivi*, pp. 152-3, in cui si afferma che «la regola per la creazione delle norme giuridiche essenziali dello stato, la determinazione degli organi e del procedimento legislativo, forma la costituzione nel significato proprio, originario e stretto della parola».

¹⁹ Sul nesso tra corte "politica" e costituzione "breve" ancora irrinunciabile la riflessione di C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., pp. 185-6, nota 8; ID., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 45.

²⁰ Ma nel senso che già il positivismo prekelseniano del XIX e XX secolo aveva l'assillo, con la teoria legale dell'interpretazione, di limitare il potere giudiziario contro l'immagine di mero riduzionismo legalista V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Napoli, 2009.

Osservatorio sulle fonti

bilità che coesistono più interpretazioni, tra le quali è possibile compiere l'atto creativo di scelta.

Ma a rendere incerta l'ascrivibilità della teoria kelseniana al determinismo ed ontologismo materialistico newtoniano paiono alcuni passi della *Reine Rechtslehre*, ove Kelsen, nel tentativo di distinguere con nettezza le norme giuridiche, che costituiscono oggetto della scienza giuridica, dalle proposizioni giuridiche, che costituiscono l'esito teorico della descrizione compiuta dalla scienza giuridica, afferma che la scienza giuridica *produce il proprio oggetto*, nella misura in cui lo percepisce come un tutto intellegibile²¹. Sostiene Kelsen, addirittura con una metafora fisicalista, che “*così come il caos delle percezioni sensoriali diviene cosmo [...] grazie alla conoscenza scientifica che vi introduce l'ordine, così la massa delle norme giuridiche generali e individuali, statuite dagli organi giuridici, cioè il materiale offerto alla norma giuridica, diventa un sistema unitario e coerente, cioè un ordinamento giuridico, grazie all'attività conoscitiva della scienza giuridica*”²². Se queste osservazioni non sono sufficienti per declinare la concezione della conoscenza giuridica di Kelsen in termini costruttivistici (per Kelsen la *verità* è l'obiettivo fondamentale cui devono tendere le descrizioni giuridiche²³ ed il costruttivismo che Kelsen sarebbe disposto a riconoscere alla scienza giuridica si limiterebbe alla realizzazione dell'*ordine* e non di un *possibile ordine*²⁴), dalle medesime paiono, però, emergere le premesse epistemologiche kantiane (poi ripreso dal neokantismo) per cui il metodo genera l'oggetto e ne determina i confini, incompatibili con una lettura deterministica, materialistica ed obiettivizzante del pensiero kelseniano: lo stesso Kelsen, del resto, ammette l'influenza del pensiero di Kant, nell'interpretazione fornita dalla scuola di Marburgo²⁵.

2.1 La pratica della gerarchia normativa come limite dei giudici al potere politico

Che poi la gerarchia normativa non sia limite al potere del giudice è conclusione cui può giungersi se si guarda alla *pratica*, ancora prima che alla *teoria*, della gerarchia normativa.

Sono i più recenti studi di storia delle istituzioni politiche a guardare alla gerarchia normativa, fatalmente, come all'altra faccia del governo politico occulto dei giudici di Antico regime²⁶. Secondo questa opzione, la gerarchia normativa, sia nella declinazione statica che in quella dinamica (norme sulla produzione, che, anche laddove di rango formale eguale alle norme di cui disciplinano il procedimento di formazione, sono as-

²¹ *Ivi*, pp. 86-92.

²² *Ivi*, p. 89.

²³ *Ivi*, p. 91.

²⁴ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, p. 141.

²⁵ *Ivi*, p. 89.

²⁶ Il tema della gerarchia normativa si collega “fatalmente” al governo politico dei giudici per F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, 2010, p. 153 ss.

Osservatorio sulle fonti

siologicamente e logicamente sopraordinate), nasce nell'organizzazione politico-istituzionale dello Stato assoluto francese, di cui è predicabile, contro la rappresentazione comune, la pluralità e non il monismo nel sistema di produzione del diritto. La gerarchia delle norme fu, infatti, utilizzata dai *robins*, i giuristi-magistrati di Antico regime che componevano la giurisdizione parlamentare, per stabilire ciò (e in particolare le leggi del re) che si accordava e ciò che non si accordava con l'immenso corpo normativo che condensava il concetto di tradizione (compare lì la distinzione tra leggi ordinarie, che in francese ha una venatura peggiorativa e fondamentali). Ma la gerarchia delle norme non era il presupposto ma il frutto delle scelte giurisprudenziali che il Parlamento compiva: era, infatti, l'alta magistratura a far vivere la gerarchia tra differenti fonti normative, determinandone la portata. Peraltro, la gerarchia normativa dell'antico regime poteva determinarsi non solo tra fonti giuridiche di livello differente, ma anche tra fonti di equivalente rango formale. Questo spiega l'avversione all'abrogazione (ed in particolare all'abrogazione tacita ed implicita, in quanto vigeva la regola della tacita conferma, *par souffrance*, finché il re non interveniva con la esplicita volontà legislativa abrogativa), immanente alla visione misoneistica di antico regime²⁷ (mediata dalla ricezione di San Tommaso della prospettiva aristotelica), a propria volta derivata della legittimazione divina del re e della giustizia: non si può sbagliare quando si parla in nome di Dio. Si preferiva discettare di desuetudine, quiescenza della norma, che, determinando la coesistenza di norme contraddittorie, aumentava la dismisura il potere discrezionale dell'interprete. Mentre l'abrogazione sottraeva potere all'attività giurisprudenziale e interpretativa, la desuetudine l'aumentava a dismisura.

La gerarchia delle norme è insomma la manifestazione sensibile del potere della giurisdizione (costituzionale) del Parlamento in sede di verifica e registrazione degli atti: *“Il Parlamento faceva vivere la gerarchia delle norme e la gerarchia delle norme permetteva a sua volta al parlamento di far vivere il suo potere, convertendo la giurisdizione in partecipazione agli affari politici”*²⁸. I giudici dell'Antico regime costruiscono un ordine giuridico pragmatico il cui carattere essenziale è la struttura normativa gerarchizzata. La gerarchia delle fonti del diritto, in effetti, era il presupposto indispensabile al controllo di legalità costituzionale, effettuato attraverso l'*enregistrement* parlamentare dell'atto legislativo, che i *robins* pensavano come lo strumento principe della partecipazione parlamentare all'esercizio della sovranità legislativa.

Il fine ultimo di questa complessa operazione era chiaramente di limitare il potere del sovrano e di situare la volontà di quest'ultimo all'interno di un reticolato di vincoli (l'ordine giuridico superiore) e di verifiche, nel quale l'interpretazione giurisdizionale potesse giocare un ruolo decisivo. Disporre di una scala gerarchica dei valori giuridici significava, per la magistratura, rendere più agevole la trasformazione del potere giuri-

²⁷ Qui converge la riflessione di Bin (pp. 45-6): è il misoneismo, la refrattarietà alle innovazioni giurisprudenziali e legislative, il tratto comune tra l'Antico regime e la cultura di *common law* e che spiega lo sfavore nel secondo, come nel primo, per l'abrogazione implicita.

²⁸ F. DI DONATO, *op. cit.*, p. 227.

Osservatorio sulle fonti

sdizionale in strumento di influenza politica e disporre di una gerarchia di norme consentiva all'interpretazione sapienziale di snidare antinomie e discordanze anche ove non ve ne fossero. La gerarchia delle norme era, quindi, l'indispensabile ossatura della civilizzazione statale, la *ratio* fondamentale dello Stato. La gerarchia delle norme è, infatti, garanzia di stabilità dell'ordine giuridico e sociale, in quanto presuppone una costituzione immodificabile dedotta per via giurisprudenziale e manifesta così la sua coerenza con l'onticità, la fissità, dell'Antico regime.

La gerarchia è il prodotto del potere politico occulto dei giudici, perché schermato dalla legittimazione divina del re nel cui nome si amministrava la giustizia (epifania della relazione atavica tra diritto e sacralità, che trova consacrazione nella teocrazia giudiziaria) e lo strumento principe della mediazione patriarcale della *iurisdictio* e, quindi, del controllo politico sull'azione del re. Ma per ciò stesso la gerarchia delle norme è il limite al potere del governo e del re e non del giudice. L'idea stessa di una gerarchia (quindi di una pluralità) di norme è incompatibile con il più elementare degli schemi assolutistici fondato sul brocardo *Rex est lex*: l'assolutismo conteneva nel suo principio fondatore una volontà di potenza che si precisava in un progetto politico e giuridico livellatore, teso a ridurre tutto al monopolio supremo della legge.

Se, dunque, la *teoria* della gerarchia delle fonti nasce in ambiente kelseniano, la gerarchia come *pratica* di dire diritto operava già nell'Antico regime. Di essa era depositaria e garante il giudice. Ciò che mancava era la sua proclamazione *ex post* sul piano formale. Era una pratica nascosta, perché, per dirla con Joyce, tutto ciò che è invisibile è, per ciò stesso, invincibile. Da questo punto di vista, potrebbe allora dirsi che la teorizzazione kelseniana della gerarchia delle norme non ha affatto schermato la politicità della funzione giurisdizionale, ma ha piuttosto aiutato a slatentizzare il potere occulto dell'interprete.

Ne deriva che l'insufficienza oggi conclamata della teoria delle fonti, che serve a risolvere le antinomie, per spiegare ciò che fanno i giudici (Bin, p. 5) era inscritta nel codice genetico della *pratica* se non della *teoria* della gerarchia normativa.

Convertendolo nel linguaggio della modernità, il giudice (e in massimo grado quello costituzionale) non solo determina il contenuto delle norme da applicare, ma decide anche che un enunciato qualunque presenta il carattere di una norma giuridica o ne modifica la collocazione nel sistema delle fonti (si pensi alla creazione giurisprudenziale della categoria della sovralegalità costituzionale)²⁹. Sono, quindi, i giudici a creare la gerarchia delle norme e non viceversa la gerarchia delle norme a fondare le decisioni dei giudici. “Fuori dall'interpretazione non vi è né norma né, *a fortiori*, alcuna gerarchia”.

3. Dalla meccanica quantistica alla teoria delle stringhe

²⁹ Sul potere del giudice nel selezionare il “dato giuridico” da interpretare e applicare cfr. anche M. TROPER, *La liberté de l'interprète*, in G. DARCY, V. LABROT e M. DOAT, *L'office du juge*, Paris, 2006, p. 37; ID., *Per una teoria giuridica dello Stato*, trad. it. A. Carrino, Napoli, 1998, p. 263 ss.

Osservatorio sulle fonti

Nella *pars construens* l'A. muove dai presupposti epistemologici della fisica quantistica e per primo dal principio di indeterminazione di Heisenberg. E ciò sulla scia di un articolo di Tribe del 1989 sulla *Law Harvard Review*, quando l'avanguardia della fisica quantistica era la curvatura dello spazio-tempo.

La teoria quantistica ci aiuta a spiegare la fisica subatomica ed è complementare alla meccanica newtoniana, che descrive il mondo normale, così come l'approccio quantistico all'interpretazione giuridica ci aiuta a spiegare il passaggio dalla disposizione alla norma da applicare al caso, come funzione di probabilità, laddove (*hard cases*) fallisce la teoria classica dell'interpretazione (pp. 21-2).

Ci si potrebbe forse chiedere se oggi la meccanica quantistica e la teoria dei quanti è ancora l'avanguardia della fisica e se la metafora fisicalista conduca a conclusioni diverse nel terreno dell'interpretazione giuridica ove muova dalla teoria delle stringhe.

Non si nega che la fisica quantistica è la frontiera attuale della fisica, ma la medesima pare oggi aver assunto una prospettiva epistemologica che le era estranea nella formulazione originaria per poter diventare una "teoria del tutto".

Il riferimento è appunto alle teorie delle stringhe (o delle corde o delle membrane vibranti)³⁰.

La teoria delle stringhe è un modello fisico, fondato sull'idea di guardare non agli elementi (ai quanti), ma alle stringhe monodimensionali con oscillazioni, attraverso cui si propagherebbe l'energia: l'obiettivo è individuare sperimentalmente il valore della costante di Planck nell'universo. Si è notato che ogni stringa può vibrare in molti modi diversi e che ogni stato di vibrazione rappresenta un tipo diverso di particella. La massa di cui è dotata la particella è determinata dai modi in cui la stringa vibra. La dimensione caratteristica della stringa è determinata dall'equilibrio tra la forza di tensione, che tende a renderla più piccola e l'effetto di indeterminazione, che tende a mantenerla allargata.

Il limite da superare è la sconnessione atomistica degli elementi empirici. E ciò perché la meccanica quantistica funziona nelle particelle subatomiche (in cui si riscontrano pacchetti di energia, i quanti) ma non nella dimensione dell'universo, di cui non riesce a descrivere le leggi fondamentali. La teoria della pari regolazione dell'infinitamente piccolo e dell'infinitamente grande non ha soddisfatto i fisici, neppure molti di quelli quantisti. La frontiera della ricerca dell'estremamente grande è divenuta la cosmologia degli universi possibili: la teoria delle stringhe predice il numero di dimensioni che l'Universo dovrebbe avere³¹.

La teoria delle stringhe si pone, quindi, il problema di conciliare la teoria classica della meccanica relativista (esempio di teoria classica di campo) di Heinstein con la

³⁰ Per la cui divulgazione, almeno per il profilo relativo all'universo tangente del multiverso, obbligato è il riferimento a *Donnie Darko e Eyes wide shut*.

³¹ Su cui vedi il recente saggio di B. GREENE, *La realtà nascosta. Universi paralleli e leggi profonde del cosmo*, Torino, 2012.

Osservatorio sulle fonti

meccanica quantistica di Bohr e, quindi, il mondo dell'infinitamente grande con il mondo dell'infinitamente piccolo.

Grossomodo, ci si è interrogati su come si propaga l'energia nell'universo (attraverso le stringhe) e poi si è riscontrato empiricamente che può funzionare anche nelle particelle subatomiche.

Volgarizzando, potrebbe dirsi che la teoria delle stringhe nasce come costola della meccanica (quantistica), ma recupera dalla teoria classica della relatività generale la ricerca di leggi universali dell'infinitamente grande. Ad essa potrebbe cioè potrebbe aggiungersi l'obiettivo che Laplace riferiva alla fisica newtoniana e cioè *“abbracciare nella stessa formula i movimenti dei corpi celesti più grandi dell'universo e quelli degli atomi più piccoli”* e che Bin assimila all'idea che ci possa essere *“one right answer”* per tutti i casi giuridici difficili (p. 8).

Tradotto nel linguaggio dell'interpretazione giuridica, il problema pare assimilabile a quello della sussunzione del caso concreto nella volontà generale ed astratta. Ma da questo punto di vista ci si potrebbe interrogare se l'interpretazione giuridica non sia già più avanti della fisica, che, peraltro, non ha il problema della legittimazione della volontà astratta (e, quindi, della decisione del caso concreto) e delle leggi dell'universo.

3.1 Dell'ontologia degli oggetti sociali

L'obiettivo polemico della teoria della conoscenza (prima ancora che dell'interpretazione giuridica) di Bin è l'*“ontologia del materialismo”*, che presuppone che esista una *“cosa”* che forma l'oggetto dell'osservazione dell'interprete, che lavora in una prospettiva di separazione rispetto all'osservato. Per contro, non esistono *“cose”* a prescindere dall'intervento dell'interprete, ma esiste la sovrapposizione tra soggetto e oggetto, che è al cuore della epistemologia della meccanica quantistica. Allo stesso modo che nella fisica, nell'interpretazione del diritto non è predicabile alcuna ontologia materialistica, perché non esiste neppure nel diritto una *“cosa”*, un *“documento”*, cui si possano attribuire caratteristiche di oggettività che, a propria volta, legittimino le decisioni dei giudici (pp. 11-2 e pp. 53-4). Anche le disposizioni non vivono di vita propria, non esiste *“un dato giuridico”* da interpretare ma innanzitutto da selezionare e non esiste un fatto, nuda vita, cui applicare il diritto, ma la sua trasfigurazione in caso, che è già interpretazione (p. 15 e p. 25 ss.). E ciò perché l'osservato dipende dall'osservatore e dal suo metodo (Gadamer). Il paradigma dell'interpretazione giuridica è l'entropia e il decostruzionismo, non già la derivazione della decisione da una norma generale (p. 62). Potrebbe sintetizzarsi con la conclusione nichilistica, che varrebbe per gli oggetti naturali quanto per quelli sociali, *“non ci sono fatti, ma solo interpretazioni”*.

Ma considerare il diritto come *“cosa”*, come *“documento”*, rinvia ad una ontologia materialistica? E l'ontologia nella sfera degli oggetti naturali è la medesima che in quella degli oggetti sociali, quale è il diritto? Soggetto e oggetto si relazionano nell'una e nell'altra allo stesso modo?

Pensiamo all'ontologia sociale, antikantiana, che riporta l'attenzione dal soggetto all'oggetto dell'interpretazione, su cui si fonda la proposta teorica di Maurizio Ferrar-

Osservatorio sulle fonti

ris³², il cui obiettivo polemico è il costruzionismo, il collasso tra essere e conoscenza, tra ontologia ed epistemologia, dei pragmatisti e dei postmoderni, per i quali tutti gli oggetti sono socialmente costruiti.

Nell'ontologia di Ferraris che ha elaborato la preminenza, in filosofia, della teoria dell'oggetto rispetto alla teoria della conoscenza, le *cose* non si esauriscono nella dimensione oggettiva e materialistica: sono oggetti fisici connotati dalla relazione con un soggetto. Con la conseguenza che non tutti gli oggetti sono cose, ma solo gli oggetti sociali³³. Tra questi ultimi la posizione di vertice è occupata dai *documenti*, che sono cose nel significato relazionale appena detto. Dei documenti non è, dunque, predicabile di per sé alcuna ontologia materialistica. Del resto, documento traduce il latino *documentum*, da *doceo* e significa "ciò che mostra o rappresenta un fatto". Il diritto è il paradigma della documentalità. Quindi, i documenti rinviano, piuttosto, sulla scia del primato che già Derrida riconosceva alla scrittura, ad una fenomenologia della *lettera* che, fissando i limiti della volontà di potenza, si contrappone alla fenomenologia dello *spirito*. Per contro l'ermeneutica si fonderebbe sull'appello allo spirito contro la lettera. Con la conseguenza che, considerando il diritto come documento, come scrittura, si dà conto della parzialità dell'interpretazione contro la vocazione totalizzante dell'appello allo spirito. Talvolta è utile osservare la verità effettuale della cosa contro le astrazioni delle forme e l'ontologismo giuridico. Nella proposta realista di Ferraris, l'etica emergente dai fatti è un potente antidoto contro l'alleanza tra teosofia metafisica ed interpretazione giurisdizionale che, come sottolinea Bin, già Leibniz aveva intuito (p. 15).

E gli oggetti naturali, a cui pensa la prima delle scienze, la fisica, sono incongruenti rispetto agli oggetti sociali, tra i quali si colloca, nella sottocategoria degli oggetti istituzionali, il diritto, in quanto i secondi sono connotati dall'intervento specifico dei soggetti e da proprietà, quali l'emendabilità, irriducibili a quelle dei primi. Negli oggetti fisici l'ontologia (come sfera dell'essere) è logicamente indipendente dall'epistemologia (come sfera del sapere) contro la fallacia trascendentale del collasso kantiano (e poi hegeliano) dell'ontologia sulla teoria della conoscenza: gli oggetti naturali esistono indipendentemente dai soggetti e, dunque, dagli schemi concettuali. Negli oggetti sociali, che prescindono dal modello fisicalista, l'ontologia è più fittamente intessuta di epistemologia: gli oggetti sociali esistono solo nella misura in cui degli uomini pensano che ci siano e, dunque, richiedono necessariamente schemi concettuali, che sono diversi da quelli che operano nella scienza degli oggetti naturali³⁴.

Allora, nella proposta teorica realista: 1. considerare il diritto, la disposizione da applicare, una *cosa*, un *oggetto sociale*, un *documento*, non rinvia ad un'ontologia materialistica, ma piuttosto ad un testualismo debole che, rapportando l'interpretazione ad un

³² M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2010, *passim*; ID., *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2014, *passim*.

³³ Sull'importanza delle cose vedi R. BODEI, *La vita delle cose*, Roma-Bari, 2009; F. RIGOTTI, *Il pensiero delle cose*, Milano, 2007.

³⁴ Condivide la distinzione tra ontologia ed epistemologia tracciata da Ferraris F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, p. 11.

Osservatorio sulle fonti

testo, ad una iscrizione, alla *lettera*, argina la deriva scettica dello *spirito*; 2. il trascendentalismo kantiano, l'idealismo hegeliano, le filosofie costruzioniste postmoderne e lo scetticismo dell'ermeneutica contemporanea hanno ragion d'essere nell'esperienza degli oggetti sociali, ma le regole di quell'ontologia sociale non possono desumersi dalla fisica (e dagli oggetti fisici), a cui il trascendentalismo e le sue radicalizzazioni sono estranee, pena la trasformazione in metafisica.

Ne deriva che, in questa prospettiva, i "testi" da cui trarre la norma o i testi in cui si iscrive la motivazione possono anche considerarsi, come ritiene Bin, "cose" (p. 62), ma su di esse, in quanto oggetti sociali, l'ontologia del materialismo della fisica potrebbe dirci poco.

Si potrebbe obiettare che l'ontologia che distingue gli oggetti naturali dagli oggetti sociali poggia, a propria volta, sulla negazione della esportabilità dell'epistemologia della fisica al di fuori delle scienze naturali e, quindi, sulla separatezza tra scienze della natura e scienze dello spirito, tra comprendere e spiegare. E' vero, ma questa osservazione, più che superare l'obiezione, porta alla terza domanda.

4. I continentali ed il postpositivismo giuridico analitico: il diritto come modello per le scienze naturali

Le premesse epistemologiche della fisica, sia essa quella newtoniana, quella della relatività generale o quella dei quanti o oggi delle stringhe, possono costituire le premesse del discorso giuridico?

Lo hanno negato la teoria critica della Scuola di Francoforte, l'ermeneutica, le correnti neoidealistiche e, più in generale, le filosofie *continentali*³⁵. Il presupposto epistemologico da cui muovono, radicato nel pregiudizio scienziato, è l'autonomia e l'alterità delle scienze dello spirito (evolutesi nelle scienze sociali), dominate dalla logica argomentativa, rispetto alle scienze naturali ed in particolare alla fisica, fondate sulla logica dimostrativa e sperimentale (anche quella quantistica), tra le scienze comprendenti ed esplicative. Per Habermas la filosofia continentale non sarebbe propensa ad accettare la pretesa impropria di neutralità descrittiva e di separatezza tra il metodo e l'oggetto che apparirebbero invece al punto di vista analitico: su queste basi Habermas teorizza la razionalità ermeneutico-dialettica contrapposta alla razionalità scientifico-analitica. Più in generale il pensiero continentale, di derivazione kantiana ed idealistica, si viene a caratterizzare per una contaminazione soggettiva dei dati d'esperienza, ovvero a) il soggetto partecipa alla formazione dei propri oggetti e b) il soggetto partecipa del proprio ambito di osservazione. In questa prospettiva l'apporto della fisica (anche quantistica) all'ermeneutica giuridica non è epistemologicamente sostenibile, considerato che la teo-

³⁵ Sulla coppia "analitici e continentali" come categorie fondamentali della filosofia contemporanea: F. D'AGOSTINI, *Analitici e continentali*, cit.

Osservatorio sulle fonti

ria discorsiva dell'interpretazione muove da un presupposto di teoria della conoscenza che rifugge da qualsiasi fisicalismo.

Ma anche gli esiti della filosofia analitica, nella sua componente costruttivistica, conducono lontano dal modello fisicalista accolto alle sue origini.

Per il neopositivismo *à la* Ross³⁶ il sapere si legge sul monismo metodologico, che, sulla scia del neopositivismo di Schlick e del primo Carnap e più in generale del Circolo di Vienna, impone per tutte le scienze il metodo delle scienze naturali, fondato sul principio di verificaione. Tra le scienze è la fisica ad offrire la più compiuta visione del mondo.

Ma anche nella filosofia analitica è ormai da tempo entrata in crisi l'immagine positivista e neopositivista del sapere scientifico. Non è possibile ricostruire il mondo così com'è, ogni descrizione implica un punto di vista ricostruttivo-interpretativo, perché c'è uno scarto selettivo tra linguaggio e mondo, secondo la *theory ladenness*³⁷ delle osservazioni fattuali, al punto che le osservazioni, inimmaginabili come pure, sono considerate come influenzate dalla teoria, dal linguaggio in cui sono espresse. Il paradigma postempirista di Quine e Hanson mette in discussione la separazione tra soggetto e oggetto nel processo conoscitivo e nell'esperienza e la separazione dei dati dell'esperienza tra loro. Il paradigma postpositivista di Kuhn e Feyerabend criticano il dogma della sua avallutatività, oggettività e neutralità ed il fondamento metafisico della certezza della scienza naturale, che si rivela, al pari delle scienze sociali, fallibilista e retorica. Il mutamento di paradigma nella filosofia della scienza non porta lontano dai presupposti epistemologici della fisica quantistica applicati al diritto³⁸.

Ma – e qui il *verso* della relazione fisica-diritto è opposto rispetto a quello accolto nella proposta epistemologica di Bin³⁹ – se le scienze naturali paiono oggi configurabili come una *pratica* sociale guidata da regole, nella teoria del diritto post-positivista il rapporto tra diritto e scienza si inverte rispetto alla direzione ad esso impressa dal neopositivismo analitico. La scienza e la razionalità del metodo scientifico non possono più fungere da modello per il diritto, ma è il diritto, con le sue procedure decisionali, ad offrire schemi *pratici* per la scienza, che, come per le altre pratiche sociali normative (giuridiche), esige l'individuazione di criteri per giustificare azioni e decisioni⁴⁰. Dal diritto

³⁶ *On Law and Justice*, London, 1958.

³⁷ Per la ricostruzione di questa teoria vedi C.R. KORDIG, *The Theory-Ladenness of Observation*, in *Review of Metaphysics*, 1970, n. 24, p. 448 ss.

³⁸ Tra le premesse teoriche della fisica quantistica Bin privilegia la considerazione che “l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare” e “ciò che osserviamo non è la natura in sé stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine” (pp. 19-20).

³⁹ Bin valorizza l'utilità per l'interpretazione giuridica delle riflessioni degli scienziati sulla centralità nella fisica della persuasione razionale e sulla non riducibilità della dimostrazione scientifica alla logica formale (p. 25 ss.), ma ammette che per il pensiero giuridico ciò non è nulla di nuovo, almeno dopo la lezione di Perelman e dell'ermeneutica giuridica.

⁴⁰ Sulla concezione post-positivista dei rapporti tra scienze naturali e scienze giuridiche non può che rinviarsi alla riflessione di V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., *passim*; ID., *Il diritto come*

Osservatorio sulle fonti

sono stati desunti elementi per costruire un modello analogico, in chiave euristica, da sovrapporre alle scienze naturali. Da un lato, nel diritto come nelle scienze naturali, non esistono questioni di fatto pure, perché i fatti rilevanti per la decisione (o per l'esperimento) dipendono dalla selezione e rappresentazione dell'osservatore (Kuhn e Polanyi). Dall'altro, ne è derivata la rivitalizzazione della dimensione argomentativa e giustificativa propria del diritto per l'articolazione dei procedimenti decisionali scientifici⁴¹. Con la conseguenza che anche il modello della razionalità scientifica è passato dalla razionalità logica alla "ragionevolezza" delle decisioni scientifiche in condizioni di incertezza. Toulmin paragona l'adozione delle decisioni scientifiche fondamentali in momenti di crisi del paradigma precedente delle scienze naturali all'interpretazione, in ambito giuridico, dei principi costituzionali⁴².

Si è, dunque, indebolita l'opposizione dicotomica tra i procedimenti di giustificazione pratica (in ambito etico-giuridico) ed i procedimenti di giustificazione teorica (nelle scienze empiriche), tra ragione pratica e teorica. In forza della diffusione della ragione dialettica appare in via di superamento l'originaria incongruenza tra le fonti di legittimazione del sapere scientifico e del sapere *narrativo*. I mutamenti subiti dallo statuto epistemologico e sociale del sapere scientifico segnano la via del ritorno, dopo la dissoluzione dello scientismo giuridico e del modello scientifico monologico, al sapere dialogico.

Ma allora tornare dalla fisica quantistica – le cui premesse di teoria della conoscenza risentono del mutato paradigma che ha investito più generalmente la filosofia della scienza – alla teoria del diritto non cortocircuita il ragionamento? Parrebbe così riproporsi il rompicapo logico riassunto nella domanda retorica "E' nato prima l'uovo o la gallina"?

Ciò che si pone in discussione non è la fine del mondo dell'univocità e oggettività, ormai luogo comune (tanto da indurre provocatoriamente a parlare di paradosso del relativismo), ma, in radice, il modello fisicalista, dopo che la teoria discorsiva dell'interpretazione giuridica ed il metodo dell'argomentazione hanno già offerto il paradigma retorico all'epistemologia della scienza incerta.

Ciò che tutt'al più resta della filosofia contemporanea è che nei saperi è in atto una convergenza complessa, si ricerca la possibilità di una prospettiva unitaria ovvero una nuova alleanza tra scienze della natura e scienze dello spirito in forza della comune ma-

modello per le scienze naturali, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2005, n. 5, p. 31 ss.; sul superamento della concezione neo-positivistica di scientificità (delle scienze esatte) come parametro di razionalità delle decisioni giuridiche e sull'avvento del pluralismo metodologico che connota l'immagine della scienza contemporanea cfr. G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 87-90. Già J. F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, cit., p. 118, notava che lo sviluppo postmoderno della pratica scientifica esige regole, che sono enunciati prescrittivi e non descrittivi.

⁴¹ Per tutti nella scienza giuridica italiana A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Nigro*, vol. I, Milano, 1991, p. 465.

⁴² S. TOULMIN, *Human Understanding. General Introduction and Part One*, Oxford, 1972, p. 257.

Osservatorio sulle fonti

trice ostruzionistica, per cui ogni descrizione implica colui che la descrive, ogni descrizione è interpretazione.

Ciò che però resta indimostrato è che il senso di quella convergenza debba essere dalla fisica o più in generale dalle scienze naturali al diritto. Paiono piuttosto le scienze della natura ad essersi sviluppate un bel po' nel senso di quelle dello spirito.

5. La teoria discorsiva dell'interpretazione giuridica, l'uditorio ed il mondo delle probabilità

Se anche si riuscisse a dimostrare che la metafora fisicalista applicata al diritto è epistemologicamente sostenibile, quella metafora è utile per *prescrivere* teorie dell'interpretazione giuridica che arginino il potere del giudice per i casi difficili senza arrendersi alla conclusione scettica?

Di certo è in grado di *descrivere* magistralmente il potere di giudicare negli ordinamenti pluralisti. Bin applica alla teoria del diritto le premesse di teoria della conoscenza della fisica quantistica, secondo cui "l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare". Quelle premesse teoriche si adattano bene all'indeterminazione dell'interpretazione del diritto negli ordinamenti costituzionali pluralisti: riescono a dare conto di come anche nell'interpretazione giuridica (ed in particolare nell'interpretazione praticata dal ragionamento giuridico richiesto dal giudizio di ragionevolezza o di bilanciamento dei diritti) l'oggetto dell'interpretazione non è un dato, perché la disposizione va individuata e poi interpretata e applicata e di come i fatti sono trasfigurati in casi. Il mondo giuridico, come quello fisico di Heisenberg, non è un mondo deterministico, "è un mondo di possibilità e di potenzialità, piuttosto che un mondo di cose o di fatti" (pp. 19-20). Dipinge un'immagine decostruita dell'interpretazione giuridica, di cui l'entropia è rappresentativa (p. 12).

Resta da verificarne la forza come autonoma *dottrina* dell'interpretazione. Nel saggio di Bin, l'argine allo scetticismo, che deriva inevitabilmente dalla crisi delle teorie cognitive dell'interpretazione, è la dimensione istituzionale, relazionale e non solipsistica che la scienza condivide con l'interpretazione e l'applicazione del diritto (pp. 76-7). La via d'uscita che ci propone la teoria quantistica è di non insistere nell'esame della singola decisione (p. 104). La decisione è controllabile rispetto allo sciame dei precedenti (p. 12), così come il principio di falsificazione impone la pluralità di esperimenti. La pluralità delle interpretazioni possibili consente la predizione della regola del caso su base statistica, valutando l'insieme delle interpretazioni date. Anche la decisione del giudice è una funzione di probabilità (pp. 31-3 e pp. 69-72).

Il punto è l'autonomia concettuale dell'approccio quantistico all'interpretazione giuridica rispetto all'interpretazione discorsiva del diritto, che a propria volta è già divenuto modello *analogico* delle decisioni scientifiche. Quella autonomia pare debole perché la struttura relazionale, pluralista e probabilistica è predicabile anche della teoria discorsiva del diritto.

Osservatorio sulle fonti

Con *ordine*, la teoria discorsiva dell'interpretazione – e questa è la parte meno interessante – recupera la dimensione relazionale immanente alla funzione *pratica* dell'interpretazione giuridica⁴³. L'interpretazione discorsiva del diritto si fonda sulla procedura del discorso: in essa non vi è l'interprete solo di fronte ad un oggetto, il testo, ma l'interprete che individua la disposizione ed il suo significato nel dialogo con i soggetti interessati alla soluzione della fattispecie concreta. Ricorre alla *persuasione* per orientare la soluzione del caso concreto e per verificare il grado di condivisione, nel suo uditorio particolare o in quello universale dell'opinione pubblica⁴⁴, del significato della disposizione e utilizza l'*argomentazione* come modo di procedere del discorso, tanto che «la procedura del discorso è una procedura di argomentazione e non una procedura di decisione»⁴⁵. Tra argomentazione e interpretazione non vi è una relazione, ove la prima svolge una funzione chiarificatrice o giustificazionista della seconda, come vorrebbero le teorie formaliste o scettiche, ma una simbiosi in forza della quale l'interpretazione è argomentazione⁴⁶.

Anche la teoria dell'argomentazione di Perelman e Olbrechts-Tyteca considera la selezione preliminare dei dati, degli elementi che serviranno come punto di partenza per l'argomentazione, come un atto di scelta, di volontà e pone la questione della regola di giustizia, a cui si connette il vincolo del precedente⁴⁷.

Si fonda sulla logica del probabile come matrice della logica giuridica e sulla libertà del ragionamento dialettico contro la necessità e l'evidenza del ragionamento analitico. L'argomentazione non segue, infatti, il ragionamento nomologico-deduttivo, ma il pensiero problematico che procede per tentativi⁴⁸.

Ricerca la verità probabile attraverso la persuasione (o il convincimento basato su ragioni) dell'uditorio, che condiziona a propria volta la scelta degli argomenti⁴⁹, con argomenti dotati di razionalità pratica e non solo calcolante o empirica, contro il sillogismo montesquieuiano ed i funambolismi e le capacità sovrumane del giudice *Ercole*. La retorica sostituisce la logica, l'argomentazione prende il posto della verifica ed

⁴³ Questo la prospettiva in cui si muovono G. BONGIOVANNI, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna, 2000, p. 153 ss.; M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2004, *passim*.

⁴⁴ Sulla distinzione tra uditorio particolare e universale, fondata sulla dicotomia persuasione/convincimento, cfr. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001, p. 30 ss.

⁴⁵ R. ALEXY, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 107.

⁴⁶ Sull'immedesimazione tra interpretazione e argomentazione M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto*, cit., p. 204. Più in generale, sulla visione della teoria dell'interpretazione come teoria dell'argomentazione R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998; ID., *Legal Argumentation as Rational Discourse*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1993, n. 1, p. 165 ss.; R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989.

⁴⁷ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 122 ss. e 230 ss.

⁴⁸ T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), Milano, 1962, p. 34.

⁴⁹ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, p. 518 ss.

Osservatorio sulle fonti

il contraddittorio diviene strumento della ricerca dialettica, fino a divenire *regula iuris*, cioè uno di quei principi di una logica del senso comune⁵⁰.

La teoria argomentativa ammette, dunque, le possibilità dell'interpretazione, recuperando all'interpretazione il pluralismo delle teorie scettiche⁵¹ e riconoscendo il potere di decisione (immanente al ragionamento dialettico) di cui dispone l'interprete del diritto⁵², ma ne indica i limiti nella scelta di premesse adeguate o addirittura ragionevoli secondo il contesto in cui opera, nella ricerca di criteri di razionalità dell'argomentazione e di correttezza dell'interpretazione e, conseguentemente, nella giustificazione e motivazione delle conclusioni⁵³, così non trascurando neppure quelle esigenze di certezza del diritto propagate dalle *dottrine* cognitive ed arginando la «disintegrazione dell'interpretazione»⁵⁴.

Nel confronto tra argomenti è ineliminabile la discrezionalità e creatività e, dunque, la politicità della decisione. Se non vi è una verità da svelare e conoscere, ma una verità probabile da raggiungere e giustificare razionalmente, volontà e conoscenza, potere e sapere, autorità e verità, si confondono nell'interpretazione del diritto.

La teoria discorsiva dell'interpretazione svela, dunque, che quanti partecipano al circolo ermeneutico esercitano un potere e, quindi, assumono una responsabilità⁵⁵.

Resta anche qui aperta ed anzi si aggrava, di fronte ad una teoria dell'interpretazione che riconosce il *potere* del giudizio, la questione del ruolo del giudice e della sua fonte di legittimazione negli ordinamenti democratici. La difficoltà della sua giustificazione indebolisce anche le ragioni del costituzionalismo giuridico nella tutela dei diritti e rafforza quelle del costituzionalismo politico *à la* Waldron⁵⁶. L'equilibrio tra *ratio* e *voluntas*, su cui – come sottolinea Bin (p. 97) – il sistema si regge, rischia di rompersi.

⁵⁰ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, *passim*; ID., *Presentazione* in C. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica (1976)*, trad. it. G. Crifò, Milano, 1979, p. XIII ss.; ID., *Il campo dell'argomentazione. Su di un recente volume di Chaïm Perelman*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1972, p. 106. Sul punto A. A. CERVATI, *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 214 ss.

⁵¹ Sull'immanenza del pluralismo all'argomentazione giuridica cfr. M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in *Etica & Politica*, 2006, p. 1 ss.

⁵² Conferisce alla dottrina dell'argomentazione una connotazione apertamente anticognitivistica e decisionistica L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, VIII ed., 2004, p. 59, nota 49.

⁵³ Sul processo di argomentazione come processo di giustificazione delle decisioni giudiziali secondo i criteri logici di *consistency* e *coherence* cfr. N. D. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 15 ss.

⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 201.

⁵⁵ Non a caso la responsabilità dei giudici è uno dei motivi conduttori degli studi dei teorici dell'argomentazione, tra cui cfr., in particolare, A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995.

⁵⁶ *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001. Sui termini dell'opposizione costituzionalismo giuridico vs costituzionalismo politico M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, n. 10, p. 337 ss.

Osservatorio sulle fonti

Ma su questo le leggi della fisica paiono avere da dire meno della logica argomentativa della scienza giuridica, che da tempo esperisce il tentativo, contro il razionalismo di matrice cartesiana, di estendere l'ambito della ragione oltre la *demonstratio*, così recuperando alla dimensione razionale ampi spazi del fenomeno giuridico rimessi dal positivismo legalistico al soggettivismo irrazionalistico⁵⁷.

Rimane il dubbio che l'argomentare della comunità degli interpreti sia vano, perché quando i criceti, per adoperare l'insidiosa metafora di Bin, corrono e si affannano a far girare la ruota, questa, in realtà, non si muove, resta sempre nella stessa posizione. La speranza è di non morire, come capita ai criceti che ingrassano nella gabbia, di crepacuore.

⁵⁷ C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 1677 ss.