

Normatività del fattuale

(testo *draft* per *Piccole conferenze*, a cura di Aljs Vignudelli, ed. Muchi)

1. Per iniziare: esistono “fatti normativi”?

In ogni sistema di morale in cui finora mi sono imbattuto... a un tratto scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule è e non è incontro solo proposizioni che sono collegate con un deve o un non deve; si tratta di un cambiamento impercettibile, ma che ha, tuttavia, la più grande importanza

In questo celebre passo di Hume¹ affonda una delle radici del pensiero occidentale, il divieto di violare la «grande divisione» tra fatti e valori e di incorrere nella «fallacia naturalistica». Con ciò il tema di questo scritto potrebbe considerarsi già esaurito, assicurando una risposta nettamente negativa al quesito posto nel titolo del paragrafo. Tuttavia il diritto è il campo dei miracoli dove qualsiasi trasformazione può compiersi, o almeno può essere tentata. E la trasformazione dei “fatti” in “norme” non sembra fare eccezione.

Tutto trae origine da un’ovvia constatazione: che il mondo dei fatti e quello delle norme non sono separati con nettezza, ma presentano sovrapposizioni interessanti, che si possono percepire in contesti diversi. La filosofia analitica, per esempio, aveva “scoperto” che le prescrizioni possono contenere enunciati “fattuali” (il “frastico”) che, come tali, possono risultare “sbagliati”². Ma se passiamo dalla raffinata analisi del linguaggio alla ben più convulsa realtà del diritto, che ci siano norme “sbagliate”, perché in contrasto con i “fatti”, è di comune esperienza. L’«erroneo presupposto di fatto» e il «travisamento dei fatti» sono tradizionali vizi che configurano l’eccesso di potere dei provvedimenti amministrativi; ma anche dei “provvedimenti” legislativi³. Non è caratteristica del solo “provvedere”: più in generale, come la giurisprudenza costituzionale ci ha rilevato, non c’è legge che non debba fare i conti con i “fatti”: intere figure argomentative impiegate usualmente dalla Corte costituzionale – per esempio, l’«anacronismo legislativo», l’«*id quod plerumque accidit*» e, per l’opposto, l’eccezionalità della situazione; e soprattutto la irragionevolezza per la mancanza di congruità tra la legge e le sue finalità⁴ – sono dimostrazione della ovvia realtà, che la considerazione dei “fatti” condiziona sempre la validità delle norme.

Quando si parla della «normatività del fattuale», però, non è a questa prospettiva che si limita lo sguardo. Cioè, non è al “fondamento fattuale” del diritto che ci si rivolge, ma affiora qualcosa di molto più impegnativo per la teoria del diritto e, soprattutto, per la teoria del diritto costituzionale. Come ora si vedrà.

2. Ex facto oritur ius

«La relazione tra il fatto e il diritto, che il notissimo aforisma... asserisce, è in realtà tutt'altro che evidente, perché è possibile intenderla in significati diversi e contrastanti tra loro»⁵. È probabile anzi che la fortuna del broccardo derivi proprio dalla vaghezza del suo significato.

Che il diritto nasca dal fatto è la sintesi del pensiero istituzionalista di Santi Romano, compiutamente teorizzato a proposito della «instaurazione di fatto» dell'ordinamento costituzionale. Da cosa può nascere un nuovo ordine costituzionale se non dai fatti storici che hanno provocato l'esigenza di interrompere la vigenza del vecchio ordinamento? La formazione dello Stato e della sua costituzione – avverte Romano – è un tema che ci porta «sui più alti culmini ed agli estremi confini del diritto costituzionale», a un passo dal «regno delle nuvole» o dal «campo di ben altre discipline»⁶. A ben vedere, tuttavia, problema cui egli rivolge l'attenzione non è soltanto il sorgere, ma ancor di più il trasformarsi di un ordinamento costituzionale⁷. Problema tanto affascinante quanto complesso, che non cessa di attirare l'attenzione degli studiosi. La pretesa “eternità” delle costituzioni scritte deve fare i conti con i continui cambiamenti che la vita politica induce nel modo in cui i sistemi istituzionali evolvono. Fino a che punto possono mutare senza minare la tenuta della costituzione stessa? Ma dov'è che il “mutare” e il “tenersi” acquistano consistenza? Come ha ben spiegato Jellinek, i fenomeni del cambiamento costituzionale⁸ vengono percepiti e sistemati «nella testa delle persone»⁹. È lì che si esprime «la forza normativa del fattuale», espressione che è rimasta legata al pensiero dello studioso tedesco¹⁰: è nei processi che noi seguiamo per comprendere le evoluzioni del sistema costituzionale, quando sembrano oltrepassare gli schemi e le regole della costituzione scritta - processi che hanno necessità di essere spiegati ricorrendo a strumenti che non sono riconducibili al testo costituzionale. Tramite quei processi e le figure che da essi emergono si possono comprendere e giustificare quei mutamenti, in modo da evitare che l'ordine costituzionale «vada in pezzi»¹¹.

In questo contesto psicologico la consuetudine svolge una funzione fondamentale. Essa rappresenta una fonte del diritto per eccellenza, che può esser fatta risalire alle origini del pensiero giuridico: forma adeguata con cui rivestire l'esperienza giuridica dei primordi, e non solo. Negli ordinamenti contemporanei, ispirati alla cultura illuministica della codificazione e al ruolo politico che la legislazione svolge in una democrazia rappresentativa, lo spazio della consuetudine è però minimo, ridotto alle poche integrazioni consentite dalle leggi che le richiamano. Eppure, nei manuali di diritto costituzionale essa continua a occupare uno spazio significativo, proprio

perché offre una veste giuridica – oltre che psicologica - alla «normatività del fattuale».

Nell'ambito del diritto costituzionale, alla consuetudine è solitamente attribuito un ruolo importante – per consuetudine, verrebbe da dire. Per lo più serve a riempire gli spazi che si creano tra le scarse disposizioni che tratteggiano la c.d. *forma di governo* – ma altrettanto si potrebbe dire della c.d. *costituzione economica* - e l'assetto concreto, per altro alquanto mutevole, che emerge dalla prassi delle istituzioni.

Che non tutto ciò che concorre a formare la “costituzione” di uno Stato possa essere riassunta, rappresentata o spiegata con le disposizioni costituzionali è talmente evidente che non meriterebbe neppure tematizzare l'argomento. Non si può però trascurare un dato evidente: che molto spesso si mettono a confronto due realtà non affatto sovrapponibili l'essere di fatto del sistema istituzionale con il *dover essere* riassunto nelle disposizioni costituzionali. Si esalta così la tensione assai forte che viene a stabilirsi tra i “dati normativi” – le *regole* costituzionali, dunque – e i dati empirici offerti dalla prassi. Di “dati normativi” la Costituzione italiana è però alquanto avara - è deliberatamente e opportunamente avara, verrebbe da aggiungere¹². Ed è comprensibile che chi voglia cogliere come le istituzioni funzionino in concreto non possa affatto accontentarsi di ricostruire i margini normativi scritti in Costituzione. Ma le ripercussioni sul piano prescrittivo sembrano inevitabili. Nella famosa voce che Leopoldo Elia ha dedicato alla “forma di governo”¹³, *in limine* viene svalutata ogni rigida distinzione tra gli aspetti *conoscitivi* del momento sociologico e gli aspetti *normativi* del momento giuridico, rimescolati nell'opera di «costruzione per tipi», perché questa «non serve ad uno scopo meramente conoscitivo... ma tende a “riempire” le formule adottate dai *framers* della Costituzione italiana e di altre costituzioni, e a confrontare poi con questo contenuto le norme scritte e non scritte (consuetudinarie e convenzionali) che vigono (o che sono proposte per la vigenza) in questo settore della pubblica amministrazione»¹⁴.

Ecco qual è il ruolo che svolgono le consuetudini, inserite nel catalogo delle *attuali* fonti del diritto: servono a “integrare” il dato normativo, trasformando i *fatti* in *norme*, la *descrizione* di come si svolgono le prassi in *prescrizione* per i comportamenti futuri. Giustamente Jellinek riportava le consuetudini ai fenomeni che si creano nella psiche umana. Lì *fatto* e *diritto* si sposano felicemente. Di *fatto* l'ordinamento costituzionale si instaura; di *fatto*, in forza di una *consuetudine*, la costituzione si radica nella società ed è rispettata; di *fatto*, attraverso prassi e convenzioni che poi si consolidano in *consuetudini*, l'ordinamento costituzionale evolve e muta; e l'interpretazione delle disposizioni costituzionali deve fare i conti con il modo in cui esse *di fatto* sono fatte vivere nella prassi. *Ex facto oritur ius* riassume tutto questo. Il

punto di vista sociologico di Niklas Luhmann¹⁵ combacia perfettamente con quello filosofico di alcuni nostri autori classici: il diritto nasce dal fatto, con la sua qualificazione giuridica, «fatto e diritto esistono in quanto coesistono»¹⁶.

3. La consuetudine come fenomeno psicologico

Se diritto e fatto tendono a combaciare, dato che il primo non è separabile dal secondo, è lecito chiedersi quale senso abbia accreditare la consuetudine come fonte. Perché bisogna inventare un meccanismo – una “fonte” – progettato per trasformare il fatto in una norma giuridica, se essi non sono separabili, si sovrappongono e, intrecciandosi, si confondono? Seguendo Jellinek, il senso del fenomeno va ricercato laddove il fenomeno si compie, cioè nella psiche umana. Si tratterebbe allora – ed è questa la mia ipotesi¹⁷ - di un artificio psicologico con cui l'interprete cerca di "oggettivizzare" il frutto del proprio lavoro che, per sua natura, oggettivo non è.

L'interpretazione della norma non può prescindere dai “fatti” ai quali essa è riferita e che concorre a qualificare: presentando il risultato della sua attività intellettuale soggettiva sotto specie di “consuetudine”, l'interprete trasforma il prodotto della sua visione *soggettiva* di come le cose dovrebbero andare nel prodotto *oggettivo* di una *fonte-fatto* di cui ha “accertato” l'esistenza. L'operazione si consolida e attenua i suoi tratti genetici sino a cancellare le caratteristiche di soggettività che ogni interpretazione inevitabilmente porta con sé: se di una certa norma si può predicare l'origine consuetudinaria, è la «prescrittività del fattuale», non le argomentazioni dell'interprete, la fonte della norma che si viene avvalorando. Ciò spiega – lo rilevava già von Bülow¹⁸ alla fine del XIX secolo - perché «la creazione giurisprudenziale del diritto sia rimasta tanto a lungo nascosta e celata sotto l'ingannevole involucro del diritto consuetudinario». La pretesa oggettività dei «fatti normativi» toglie all'interprete la responsabilità della creazione della norma di cui propone l'applicazione e lo sottrae all'onere di una giustificazione adeguata: in fondo, se sono «fatti che portano in se stessi la ragione della loro giuridicità»¹⁹, non richiedono all'interprete di giustificare la loro prescrittività, essendo sufficiente accertarne l'esistenza.

Delle consuetudini si potrebbe non dire null'altro, cancellare ogni ulteriore riferimento in un'indagine che, per esempio, punti a ricostruire il sistema dogmatico delle fonti. Ma c'è un problema con cui non si può non fare i conti. In nessun altro ramo del diritto le consuetudini ottengono tanta attenzione quanto nel diritto costituzionale. La conseguenza è davvero eclatante: pur essendo la consuetudine una classica “fonte-fatto”, che perciò di solito viene inserita nella gerarchia delle fonti al livello più basso (come indica l'art. 1 delle c.d. *Preleggi*) sino a perdersi nel “sociale”,

la «consuetudine costituzionale», se davvero esistesse, sovvertirebbe questa impalcatura. Chi ne fa uso, tende ad attribuire loro la capacità di “integrare” la costituzione scritta, è a quel livello che di conseguenza le consuetudini si collocherebbero. Anzi, entrerebbero nella cuspide della cupola costituzionale del sistema normativo. Infatti – ed è questo l’aspetto che più attira l’attenzione – per lo più è in consuetudini costituzionali che si incarnano i principi costituzionali. Questi sono il frutto dell’elaborazione teorica degli interpreti della Costituzione: la teoria mira all’elaborazione di principi e modelli prescrittivi derivandoli dall’interpretazione del testo costituzionale; i “fatti” assunti dalle prassi confermano tali principi e modelli, e conferiscono loro un valore normativo in termini di consuetudine, convenzione ecc. Si pensi al “figurino” del governo parlamentare, che da schema esplicativo di un modo di organizzare i rapporti tra organi politici, che trova in Costituzione alcuni inequivoci riferimenti testuali, diventa un «modello di comportamento»²¹ che si nutre di prassi istituzionali che poi rigenera in «fatti normativi», consuetudini appunto²².

Le conseguenze sono di rilievo. Se noi assumiamo prassi, regolarità, comportamenti consolidati, come elementi che integrano la prescrizione costituzionale - in quanto consuetudini, convenzioni e precedenti vincolanti, o comunque fonti normative - l'*open texture* delle disposizioni costituzionali viene a ridursi, il tessuto normativo si fa più fitto e, conseguentemente, meno elastico. La conseguenza è di inspessire la disciplina costituzionale rendendola più rigida; con il risultato di fare della Costituzione un testo asfittico e poco capace ad adattarsi al mutamento: e ciò proprio in quelle parti in cui la scelta del costituente – che mai sarà abbastanza ammirata e lodata – è stata proprio di ridurre al minimo indispensabile l'apparato delle regole, pensando giustamente che non sia saggio “mettere le brache” alla politica. Visto che il soggetto del ritratto – la Costituzione “vivente” - cambia continuamente²³, la Costituzione formale, appesantita da troppe “integrazioni fattuali”, perde la duttilità necessaria a incorniciarlo e tracciare la linea di separazione tra quelle che sono le prassi legittime e quelle che invece violano la cornice costituzionale²⁴. Ossia la Costituzione perde efficacia nello svolgere il suo fondamentale e insostituibile compito, che è quello di qualificare giuridicamente i fatti²⁵, non di trarre da loro implicazioni normative, con buona pace degli ammonimenti di Hume.

La «Costituzione vivente» non ha nulla di prescrittivo, perché essa non costituisce «una soglia invalicabile per ulteriori sviluppi costituzionali», ma può essere semmai «la base d'appoggio, dalla quale si possono prendere le mosse per successive argomentazioni ed elaborazioni di ulteriori sviluppi costituzionali»²⁶. Non v'è dubbio che essa possa valere come strumento indispensabile alla conoscenza del diritto costituzionale e anche all'interpretazione della stessa carta nel contesto della sua

applicazione attuale: ma il trasferimento di ciò che accade nella realtà al piano del dover essere, trasformandolo in ciò che deve accadere, non è consentito. L'ispessimento del "segno" tracciato dal testo costituzionale non serve alla valorizzazione di esso, così come il liberarlo dalle incrostazioni depositate dal tempo e dall'uso che se ne è fatto nella prassi istituzionale non lo rende affatto più debole e meno significativo. Vale semmai l'esatto opposto. Come ha osservato Crisafulli, dando per scontato che i sistemi istituzionali siano caratterizzati da una incessante trasformazione, «essenziale è la univocità delle norma ad un momento dato, e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione»²⁷. L'ipertrofia prescrittiva rende la Costituzione meno capace di porsi come regola alla cui stregua valutare interpretazioni e applicazioni sempre nuove, giustificando chi pretende di considerarla non più adeguata e quindi «da aggiornare». Per altro verso l'ipertrofia porta a deprezzare le modificazioni “di fatto” in atto oggi, fenomeni che appaiono corruttivi di un modello originario verso cui si guarda vittime dell'umana tendenza alla nostalgia e alla difesa di un passato migliore - forse mai realmente esistito, la baudelairiana «*nostalgie de pays et de bonheurs inconnus*».

4. Fatti e fattispecie

La norma giuridica non è separabile dai fatti. La teoria della norma giuridica è tradizionalmente costruita attorno al concetto di “fattispecie”, che inevitabilmente ci riporta al fatto: essa fissa alcuni aspetti della realtà²⁸, di cui è la «descrizione astratta» orientata alla qualificazione giuridica²⁹; nella “fattispecie astratta” vanno “sussunti” i fatti concreti che la realtà genera quotidianamente. Il motivo per cui le consuetudini trovano campo fertile laddove è necessario maneggiare principi – e principi costituzionali in particolare – è probabilmente riferibile ad una particolarità dei *principi* in quanto *norme*: l'essere norme costruite senza fattispecie³⁰. Esse si limitano ad indicare valori, obiettivi, interessi la cui tutela e valorizzazione è espressa come un'esigenza assoluta (“la libertà personale è inviolabile”), non già bilanciata con altre esigenze potenzialmente concorrenti. La loro «capacità generativa» di norme giuridiche è sollecitata dall'incontro con i casi che la realtà produce e la società propone e che non hanno ancora trovato nell'ordinamento una fattispecie che li contenga. Osserva Bartole che ai principi «*si fa ricorso molto di frequente in occasioni in cui l'interprete è chiamato ad un impegno particolare di adeguamento del diritto al fatto*»; «*ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni*

ovvero derogando alla normativa di dettaglio già in vigore»³¹. La qualificazione giuridica, la norma che i fatti invocano, la ottengono proprio stimolando la capacità generativa dei principi: «il fatto media il valore, perché, senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità»³².

Non c'è alcuna ragione di attribuire «forza normativa» a qualche tipo di “fatti”, ricorrendo a figure ambigue che popolano il diritto costituzionale, come le convenzioni, le consuetudini ecc.: il loro impiego rischia di confondere la linea di demarcazione tra fatti e prassi, da un lato, e le norme, dall'altro. Regolarità e regole sono mondi da tenere ben distinti, anche se è indubbio che i “fatti” premono per entrare nel campo visivo dell'interprete e stimolarne l'attenzione. Ma non devono entrare in una visione *antropomorfica* del diritto e della sua applicazione, in cui la *legge* (o la *disposizione*, ma anche il *fatto normativo*) viene accertata e “applicata” al caso, come fossero “dati” del tutto staccati e indipendenti dall'interprete, oggetti di cui egli accerta l'esistenza e il significato³³. Che tra soggetto e oggetto dell'interpretazione e applicazione del diritto non ci sia affatto separazione, ma che sia l'interprete a creare l'oggetto della sua interpretazione potrebbe forse apparire ad alcuni come una posizione un po' eretica, criticabile perché può sembrare diretta a decostruire il «dato giuridico» – la *legge*, la *disposizione*, il *testo costituzionale* ecc. – e aprire la porta a concezioni irrazionalistiche del diritto - e, nello specifico, indebolire il rigore della lettera della Costituzione. Ma non è così. Il rigore della lettera della Costituzione – e dello stesso vincolo che lega il giudice alla legge – non può essere disgiunto da una piena consapevolezza dello statuto epistemologico che caratterizza le operazioni riassunte nella locuzione ‘interpretazione’: statuto che è confuso dalla rassicurante ma offuscata immagine della separazione tra il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione. Come già sessant'anni fa Gadamer invitava a fare, bisogna liberarci dalle «abitudini mentali» che dominano la nostra immagine dell'ermeneutica giuridica³⁴. I *fatti* sono parte ineliminabile dei significati che il testo genera attraverso l'interpretazione; il contenuto normativo di una legge «deve essere determinato in base al caso specifico a cui ha da essere applicata»³⁵.

Gustavo Zagrebelsky chiama ‘casi’ i «“fatti umani” intesi nel loro senso e nel loro valore», fatti che perciò «sono densi di aspettative normative»³⁶: «il fatto... diventa “caso” attraverso l'inevitabile *comprensione di significato e di valore* da parte di colui che è chiamato a dare risposte... in termini di diritto»³⁷. Riprendendo proprio Gadamer, Zagrebelsky esalta la «produttività del caso concreto», che spiega la evoluzione continua dell'interpretazione delle leggi, come conseguenza della loro applicazione ai «nuovi casi», cioè a fatti inediti o rilette subendo la provocazione di nuovi punti di vista che si impongono nella società anche a seguito di mutamenti delle

conoscenze scientifiche. Il “caso” è dunque un fatto sociale. Le rivendicazioni dei diritti, nuovi o vecchi che siano, propongono sempre nuovi casi. Nascono da "fatti" specifici (una particolare configurazione dei contratti di locazione, il rifiuto di registrazione anagrafica del mutamento del sesso, la negazione di un determinato trattamento medico o la sua imposizione, il diniego della registrazione di un matrimonio contratto all'estero...) che spingono per una qualificazione giuridica diversa, che talvolta è giustificata da un mutamento legislativo, ma altre volte dall'evoluzione di quella che spesso la Corte costituzionale chiama la «coscienza sociale». Di essa il giudice è chiamato a farsi interprete non solo quando è la stessa Costituzione o la legge ad affidargli questo compito attraverso le clausole che, per essere applicate, richiedono un'«integrazione assiologica»³⁸ (il «buon costume» è un esempio paradigmatico). In nessun caso l'interpretazione può essere sradicata dal suo contesto sociale; ma nelle questioni «eticamente sensibili» la connessione tra interpretazione della legge e contesto sociale si fa più manifesta. «I precetti devono 'avere significato' – notava Robert Cover³⁹ - ma essi necessariamente lo prendono a prestito dai materiali creati dall'attività sociale, la quale non è soggetta alle limitazioni della provenienza tipiche di ciò che definiamo 'produzione formale del diritto'» .

Tutto ciò non ha nulla a che fare - come avvertiva Luigi Mengoni – con la «forza normativa dei fatti»: «la norma giuridica non dipende dal caso concreto, ma a questo è legata la sua comprensione»⁴⁰. È la sua “comprensione”, cioè la sua interpretazione, il vero problema.

5. Interpretazione e entropia⁴¹

Si può dire, traendo ispirazione da Hegel, che il giudice è parte della società civile, è un giunto di collegamento tra la società e il diritto positivo. L'interpretazione che gli viene affidata copre lo spazio tra questi due estremi. Ed è un processo entropico.

L'entropia è legata all'informazione, nel senso che ciò che essa produce (per esempio, miscelando due liquidi di colore diverso) è una riduzione dell'ordine e della chiarezza iniziale del sistema, perché, mescolandosi, gli elementi perdono le loro caratteristiche iniziali. L'entropia è espressione di disordine e casualità, perché indica un processo in cui le informazioni originali andranno perse per sempre, senza che il processo possa essere invertito⁴². In questo senso si può ben dire che anche l'interpretazione giuridica sia un processo entropico. Nel suo corso, molti sono i dati che vengono processati dalla mente dell'interprete, provenienti dalle origini più diverse:

mescolandosi, le informazioni originali tendono a svanire. Interpretare, dunque, genera disordine.

Vi sono esempi evidenti, e ben noti, dell'evidenza e della irreversibilità di questo processo. Si pensi a procedimenti come l'interpretazione di un testo "in conformità" con altre fonti: una pratica normale e fortemente "consigliata" tanto dalla giurisprudenza costituzionale che da quella della Corte di giustizia, perché serve ad evitare conflitti tra norme, cercando di conciliarle. Il prodotto di questa procedura è la norma che il giudice elabora per il caso che ha di fronte; norma che però non può più essere ascritta a una fonte, a un testo preciso. C'è un evidente scivolamento dal significato "letterale" del testo interpretato a un significato diverso, "artificiale". La motivazione della decisione probabilmente giustificherà la strategia interpretativa seguita, ma l'entropia ha compiuto la sua opera, offuscando le informazioni relative alla fonte da cui la norma è tratta. Alla stessa maniera, accade che il significato di alcuni termini cruciali usualmente impiegati in un testo costituzionale – come 'famiglia', 'contratto', 'proprietà', 'domicilio', 'stampa', ecc. – non possa essere illustrato con l'impiego soltanto del linguaggio costituzionale o di quello ordinario ("naturale"), ma dipenda da come l'ordinamento giuridico – codici e leggi ordinarie, giurisprudenza e dottrina - dia forma e senso ai relativi concetti⁴⁴. L'entropia sfuoca l'informazione sulle fonti e oscura l'originario ordine gerarchico delle stesse.

Nozioni, standard di giudizio, modelli di argomentazione, principi o punti di equilibrio tra interessi da bilanciare, dati effettuali (sia tecnici che tratti dall'esperienza quotidiana), strumenti di valutazione del comportamento professionale: sono queste – e molte altre – "fonti" che entrano nel processo di identificazione e definizione di nozioni e concetti. Per la stessa strada anche i codici etici, il "soft-law" e i precedenti stabiliti da giudici stranieri o corti internazionali acquistano rilievo. Sono tutte "informazioni" utili – e spesso indispensabili - per capire i dati di fatto, per verificare le prognosi relative alle relazioni causali, per restringere la discrezionalità del giudice e ridurre l'arbitrarietà. È impossibile interpretare una norma giuridica ignorando come *di fatto* si svolgono le relazioni istituzionali e i rapporti giuridici a cui essa va applicata. Le prassi, per esempio, creano determinati equilibri tra gli organi istituzionali (così come tra operatori di mercato o tra le parti contrattuali), che danno forma al complesso di relazioni a cui la norma giuridica va applicata. Il significato che la disposizione assume non prescinde mai dalla situazione di fatto a cui è riferita e dalle aspettative che si sono consolidate; lo stesso linguaggio ne subisce l'influenza⁴⁵.

Molte e diverse sono le esigenze e le priorità che influiscono su quello che il giudice fa. Più è complessa la massa di regole e principi di cui il giudice ha da tener conto (nella quale possono entrare questioni come le relazioni tra l'UE e gli Stati membri, il

regime giuridico degli atti normative europei, la tutela effettiva dei diritti individuali che in essi trovano riconoscimento, i rapporti tra giurisprudenza costituzionale nazionale, della Corte di giustizia e della Corte EDU, e così via), più cresce l'entropia. Ciò che la motivazione di una decisione può fare è spiegare come e perché l'interprete abbia raggiunto una certa conclusione, oppure come abbia tratto una norma specifica dai testi in vigore e considerati rilevanti. Ma come le uova rotte non possono ritornare intere, un giudice non può riuscire a "ri-creare" esattamente il complesso delle informazioni che lo hanno guidato alla conclusione. Né potrebbe attribuire l'esatto peso argomentativo a ogni fonte che ha influenzato la decisione, sia o meno menzionata nella motivazione.

Non si vuole aprire così la strada alle consuete considerazioni sulle influenze che tanti fattori "non giuridici", ma psicologici, sociologici, politici e ambientali possono farsi sentire nelle decisioni dei giudici. Dal realismo giuridico americano in poi la letteratura è piena di queste osservazioni, ripetute come un cliché tutte le volte che si è inteso svalutare il rigore della giurisprudenza, la "tecnicità" delle sue argomentazioni e, in fondo, la sua stessa legittimità. Non è questa la tesi che qui si vuole sostenere, tutt'altro. Non c'è nulla di deprecabile nell'entropia: anzi, essa non fa che descrivere quello che appartiene all'esperienza comune, cioè che l'interpretazione dipende dal contesto. Purché sia chiaro, che il riferimento al contesto non è quello cui si riferiscono di solito i linguisti, quando dicono che «parlare d'una lingua seriamente non si può senza vederla inserita nel contesto della società che l'adopera e la tiene in vita»⁴⁶. Il problema che deve affrontare il giudice quando "interpreta" un testo normativo non è quello (o non solo quello) di intenderne il significato, ma quello di applicarlo nel "contesto del caso" che ha davanti: il caso con le «aspettative normative» che lo circondano.

Le valutazioni del giudice spaziano in un ambito segnato dalle figure retoriche a cui la Corte costituzionale appoggia spesso le sue argomentazioni. L'«*id quod plerumque accidit*» allude ad una "normalità" dei casi che di solito il legislatore ha presente nel fissare le regole, ed evoca uno stato delle cose non diverso dalla "normalità" (*diuturnitas*) implicita nella consuetudine. È però una normalità che può vacillare di fronte al mutamento della "coscienza sociale", di equilibri tra gli interessi ridefiniti dalla legislazione, o dall'avanzamento delle conoscenze scientifiche o della tecnologia, rivelando che l'assetto normativo fissato un tempo dal legislatore risulta ormai viziato da «anacronismo».

Le sfide mosse dal mutamento della società e dalle potenzialità nuove offerte dalla scienza gravano sui giudici soprattutto se non vengono raccolte dal legislatore. Incalzati dalle domande di chi invoca una tutela giuridica dei propri interessi, e

sprovvisi di un codice o di una legge a cui attingere per ottenere la “norma del caso”, i giudici cercano ovunque le informazioni utili a comprendere quale formato giuridico possa assumere la questione da risolvere e come elaborare la norma del caso, attingendo anche alla giurisprudenza di corti internazionali o a quella di altri ordinamenti giuridici. Qualche anno fa erano temi di moda la circolazione dei modelli giuridici e l’affacciarsi della comparazione giuridica nelle motivazioni delle sentenze delle corti. Sono tracce che ormai non stupisce più rilevare nella giurisprudenza sui “nuovi diritti”: proprio la loro novità favorisce questa estesa ricerca dei “precedenti”, il riferirsi cioè a modelli di argomentazione che siano compatibili con i principi costituzionali del proprio ordinamento e che appaiono suffragati dalla motivazione elaborata da qualche corte sufficientemente abile e autorevole. I “nuovi diritti” si affacciano contemporaneamente in ogni ordinamento per chiedere riconoscimento giuridico, e raramente ottengono una risposta legislativa sufficientemente attenta e rapida. Ma se da qualche parte la ottengono, ecco che così si producono informazioni - norme, interpretazioni, commenti critici ecc. – che alimentano il processo entropico che chiamiamo interpretazione.

6. I dati della scienza

La «normatività del fattuale» è quindi un equivoco, causato dalla entropia e dalla confusione che essa genera negli ingredienti di cui si impasta l’interpretazione giuridica. Ma il problema talvolta riemerge. Uno dei contesti in cui ciò accade è legato proprio al tema dei “nuovi diritti”. Essi sono i figli delle opportunità inedite che l’evoluzione della scienza e delle tecnologie offrono ai desideri umani. I figli nascevano e la gente chiudeva gli occhi per sempre senza che la scienza avesse un granché da dire a proposito. Oggi la soluzione del problema della sterilità femminile (per risolvere quella maschile le vie erano più banali, bastava tenerle riservate) si scostano dal “modello biblico”, che implicava il ricorso alla schiava - perché, come disse Rachele, generasse un figlio «nato sulle mie ginocchia»⁴⁷. La fecondazione assistita e persino il ricorso all’affitto di un utero sono soluzioni tecnologicamente possibili e usuali; mentre l’antica lotta dell’uomo con la morte passa sempre più attraverso una medicina estremamente avanzata, ma talvolta anche troppo insistente nell’impedire la definitiva cessazione della vita. In un mondo in cui l’inizio e la fine della vita non sono determinati più soltanto da “eventi di natura”; in cui anche l’appartenenza di genere (un tempo limite intangibile persino della sovranità del legislatore) non è più un dato incontrovertibile, ma è anch’esso è soggetto a manipolazione; in cui le tracce dell’agire umano possono essere individuate dopo svariati anni grazie alle capacità d’indagine di un ristrettissimo novero di tecnici: in un mondo di tale complessità tecnologica anche i contenuti dei diritti ormai hanno subito un profondo mutamento.

I diritti della personalità (l'identità sessuale, la procreazione, gli atti di disposizione del proprio corpo, il riconoscimento e il disconoscimento dei figli), la privacy, il diritto alla salute, il diritto alla difesa, il diritto di proprietà intellettuale, questi e tanti altri profili dei diritti fondamentali sono stati profondamente incisi dalle acquisizioni della scienza e delle tecnologie.

Il diritto e la scienza hanno scoperto adiacenze una volta non sospettabili. E talvolta sembrano svolgere ruoli talmente connessi da potersi confondere. Il problema della rilevanza dei dati scientifici è cruciale soprattutto nei giudizi di merito, ove la tentazione di delegare alle scienze "certe" ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce da tempo un problema di grande rilievo. Nei grandi processi per danno ambientale o per responsabilità del produttore, come in molti giudizi penali, la costruzione delle relazioni causa – effetto sembra sfuggire agli strumenti cognitivi del giudice ed essere delegata ad altri soggetti. Le massime di esperienza, le nozioni di senso comune, la "normalità" dei fatti di natura, *l'id quod plerumque accidit* non possono più riempire le aree di contenimento in cui sfuma il ragionamento giuridico in senso stretto⁴⁸.

Tutto ciò si riflette immediatamente sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ponendo il giudice in una posizione di "dipendenza necessaria" dai risultati della scienza. È un fenomeno ben noto, da tempo studiato nell'ambito del processo civile e penale: esso può porre in crisi in concetto stesso di giurisdizione, come è successo nel noto "caso Di Bella"⁴⁹. Un quesito si pone con urgenza: sino a che punto il giudice può "deresponsabilizzarsi" ed affidarsi a dati esterni, facendo dipendere la decisione di sua competenza da soggetti che non hanno la legittimazione che è conferita al giudice dalla sua peculiare posizione?

È un problema che è scoppiato da tempo, specie negli USA, dove i grandi *mass tort cases* mostrano quanto sia esorbitante il peso (anche economico) delle consulenze tecniche⁵⁰, sino al punto di innestare nella logica del processo un serio problema di filosofia della scienza. Lungo questa strada capita che i giudici si avventurino in questioni assai difficili che vertono sulle metodologie scientifiche e i loro risultati⁵¹.

Di regola la Corte costituzionale non ha il problema di valutare "prove", e ben poco è influenzata dalle perizie⁵². Nelle sue valutazioni i dati della scienza entrano, per così dire, per via mediata, come parte di un ragionamento che resta comunque basato su argomenti di diritto e sui precedenti di giurisprudenza: fanno capolino soprattutto nel giudizio sulla "verosimiglianza" delle relazioni causali ipotetiche e le relative prognosi che sorreggono la disciplina legislativa oggetto di giudizio. È fuori dubbio che viga una sorta di "presunzione" favorevole alle valutazioni che il legislatore ha compiuto in merito ai presupposti di fatto e alle prognosi⁵³: è parte del *self restraint* che la Corte

opera in nome della “discrezionalità” del legislatore, che si presume sappia quel che fa. Ma è una presunzione “debole”, destinata a cedere ad un’indagine più serrata ogni qual volta gli elementi fattuali e previsionali appaiano *prima visu* non del tutto immuni da critica e la legge “*si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà*”⁵⁴. In genere ciò capita in presenza di leggi anacronistiche fondate su “fatti” ormai superati, come nel caso della giurisprudenza “storica” che ha demolito il monopolio pubblico della televisione; ma non mancano anche casi di leggi di cui la Corte ha contestato i presupposti scientifici⁵⁵. Molto spesso, in questi casi, la Corte colpisce fattispecie legislative troppo rigide attraverso dispositivi formulati in modo da renderle più flessibili, così che possa essere consentito al giudice di formulare la regola del caso concreto sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche più adeguate. Questa non è affatto un’ipotesi isolata, rappresenta anzi un risvolto del modo stesso in cui è costruito il processo incidentale (degli altri giudizi non conviene occuparsi, perché non sembrano particolarmente significativi per il profilo qui in esame). I “fatti” entrano nel giudizio della Corte essenzialmente come supporto argomentativo dell’ordinanza del giudice *a quo*. È vero che le parti possono integrare la documentazione nel contraddittorio, ma è anche vero che esso si instaura (quando si instaura) tra soggetti non sempre in grado di addurre documentazioni particolarmente significative, più significative di che nel giudizio *a quo* hanno “stimolato” il giudice ad emettere (e motivare) l’ordinanza di rinvio.

Per cui l’accesso dei “fatti” nel giudizio della Corte soffre di tutti i limiti (insuperabili, a mio giudizio) di cui risente il contraddittorio davanti alla Corte; né a ciò è pensabile che la Corte sopperisca con propria autonoma attività istruttoria, poiché i “fatti” non sono mai separabili dagli interessi di chi li produce (per questa ragione l’*adversary system* resta comunque il principale importatore dei dati scientifici in un processo). Dato il limitato ruolo formalmente riconosciuto all’*amicus curiae*, i “fatti” e i dati scientifici sono e restano soprattutto quelli prodotti dal giudice: anch’essi non sono del tutto “oggettivi”, perché di fatto sempre orientati alla contestazione della legittimità della legge. Il giudice chiede alla Corte di consentirgli di risolvere il caso che ha di fronte “liberandolo” dal vincolo che lo lega ad una disposizione basata su “fatti” erronei o non rispondenti alla specifica situazione rispecchiata nel caso di specie. Molto spesso perciò, quando la Corte accoglie la questione, non contesta in radice la validità dei presupposti e delle prognosi assunti dal legislatore, ma solo la loro assolutezza, ritenendo che essi possano rivelarsi non attendibili nel caso concreto, per il quale al giudice di merito viene “delegato” il compito di procedere ad accertamenti ed a valutazioni coerenti con la specificità del caso⁵⁶.

La scienza entra nelle argomentazioni della Corte costituzionale essenzialmente da due versanti diversi, entrambi messi bene in luce dal “caso Di Bella”. Per un verso la Corte nega che il giudice delle leggi possa arrogarsi la competenza “*a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com’è dell’essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici*”⁵⁷; così come esclude che tale limite possa essere oltrepassato dalla giurisdizione ordinaria⁵⁸. Spetta perciò alle sole autorità scientifiche valutare l’attendibilità di una determinata terapia; l’accesso ad essa dipende invece dal diritto alla salute, ed è quindi dominato dalla tutela costituzionale e dal principio di eguaglianza. Se è vero che la scienza copre un ambito in cui le valutazioni del giudice non possono penetrare, questo non dipende dai limiti della giurisdizione ma dai limiti della regolazione giuridica, che son più generali. Infatti il legislatore si trova di fronte ad un divieto preciso: gli è precluso incidere sui trattamenti sanitari limitandoli per ragioni diverse da quelle individuate dagli organismi tecnico-scientifici. Ad essi soltanto spetta di dire ciò che giova e ciò che danneggia la salute: ma il diritto individuale alla salute, così definito nei contenuti e nella strumentazione, si espande con la forza e le garanzie che sono proprie dei diritti fondamentali, condizionando ulteriormente il potere conformativo del legislatore ordinario. Il punto è stato chiarito nella sent. 282/2002, che costituisce un *leading case* di notevole importanza e ben noto. In esso si pone in tutta evidenza quali siano i limiti in cui sono ristretti i poteri del legislatore: gli è preclusa la facoltà di «*stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni*».

Discrezionalità del legislatore e discrezionalità della scienza medica sono due emisferi separati. Ne discende per certo che la legge – e il giudice che la applica – non possono prescrivere nulla alla scienza medica e ai suoi operatori: salve – come ovvio - le norme che garantiscono i diritti dei pazienti e la loro sicurezza, norme che possono incidere sui limiti e le modalità della ricerca scientifica⁵⁹. Ma la scienza può rivolgere prescrizioni al legislatore e al giudice? Questa è la domanda a cui ora occorre rispondere.

7. Scienza prescrittiva?

Sarebbe una nuova prospettiva in cui porre gli interrogativi in merito alla «*normatività del fattuale*». Considerato che il diritto non può imporre contenuti alla scienza, che è e deve restare libera di indagare la realtà e a illuminarci sui “fatti” e le loro relazioni, ci si può chiedere in che misura sia invece la scienza a imporre contenuti al diritto. È una domanda che ha attratto molta attenzione degli studiosi sia per il continuo

riferimento che la giurisprudenza – e la giurisprudenza costituzionale in particolare – fa ai risultati della ricerca scientifica, sia per il rinvio che la legislazione opera all'*expertise* della scienza, indicando nei codici deontologici, nelle *good practices*, nelle linee guida, negli *standard* e nei protocolli applicativi gli strumenti di integrazione delle proprie norme. In questi termini può apparire che «la scienza, intesa in senso ampio, possa svolgere funzioni sostanzialmente normative»⁶⁰.

È un fenomeno vistoso, che è davanti agli occhi di tutti. Ma non è affatto un fenomeno nuovo. Da tempo la legislazione rinvia all'autonomia normativa dei privati, a cui queste figure ambigue di regolazione possono essere iscritte⁶¹: di «norme tecniche» si parla nella letteratura giuridica di molto risalente⁶². Ciò che oggi rende il tema particolarmente rilevante è la forte “tecnicizzazione” della legislazione, non solo nei settori tipici del diritto amministrativo⁶³, ma anche in riferimento ai diritti costituzionali – il “bio-diritto” appunto.

I compiti che lo Stato ha dovuto e voluto assumersi sono diventati così complessi, e così aggrovigliati sono gli interessi e i dati di fatto coinvolti, che lo schema della rappresentanza elettiva e della decisione politica assunta con legge dal parlamento mostra da tempo tutta la sua inadeguatezza⁶⁴; la legislazione parlamentare «disegna semmai quadri preliminari necessariamente incompiuti oppure minutaglia di disposizioni persino difficilmente comprensibili e talora neppure praticabili»⁶⁵. Si è così spalancata la strada a competenze tecniche (quelle chiamate a riempire i «quadri preliminari» incompiuti, ma anche quelle che scrivono le disposizioni «minutaglia») che incrinano l'equilibrio dei rapporti tra governo e parlamento e si esprimono attraverso atti diversi dai tradizionali atti normativi⁶⁶. Ciò è particolarmente evidente nella legislazione di tipo provvedimentale: essa punta alla realizzazione di obiettivi specifici e perciò richiede cognizioni tecniche specializzate già nella individuazione dei fini, che non possono essere decisi senza valutare la possibilità di raggiungerli con i mezzi disponibili. Chi ha il compito di predisporre i mezzi e di registrare i risultati deve essere chiamato a condividere l'elaborazione dei fini. Legge e amministrazione “tecnica” non possono più essere ordinati in base al vecchio modulo della gerarchia, e questo determina una grave incrinatura nel principio di autosufficienza della legge.

Le questioni che sorgono nella disciplina dei nuovi diritti – diritti ad elevata dipendenza dalla scienza e dalla tecnologia – segue una strada convergente con quella su cui da più tempo si è mossa la legislazione in materia economica, anch'essa evoluta secondo moduli del tutto estranei alla tradizione. Benché l'economia non sia una scienza, essa è stata l'apripista della trasformazione della legislazione e della infiltrazione in essa di una “normatività del fattuale” proveniente da scienze e tecniche estranee al diritto.

Il cambiamento profondo lo aveva spiegato con chiarezza Michel Foucault: le sue radici risalgono all'emersione del mercato e dell'economia come «luogo di verifica-falsificazione per la pratica di governo»; essa ha sostituito la tradizionale equazione tra buon governo e governo giusto, che intrecciava diritto e «veridificazione» – intesa tradizionalmente come legittimazione - dell'esercizio del potere⁶⁷. Per il diritto tradizionale rileva solo il tema della *validità*, non quello dell'*efficacia*⁶⁸. Mentre nel liberalismo classico la separazione tra Stato e società dava per scontata l'autoregolazione del mercato e della concorrenza – per cui le leggi “economiche” dello Stato badavano essenzialmente alla realizzazione delle infrastrutture del mercato – il neo-liberalismo odierno chiede al regolatore pubblico una serie di interventi rivolti ad assicurare il buon funzionamento del mercato, attraverso la predisposizione di un certo numero di condizioni che non si producono “naturalmente”, ma sono l'obiettivo dell'arte di governo, su cui si misura la qualità della sua azione⁶⁹. Il problema non è se intervenire o meno, ma sapere come farlo, come realizzare il quadro delle condizioni in cui il mercato può funzionare. La competenza tecnica diviene quindi il fulcro della legislazione, intesa nel senso più ampio; la stessa scrittura delle norme cambia, si specializza e spesso passa anche di mano, essendo secondario il ruolo dei giuristi rispetto a quello dei “tecnici”.

Gli atti che sono caratteristici dell'emersione della competenza tecnica, che oggi è centrale nella regolazione dell'economia, sono quelli che, anche sotto la spinta del diritto dell'Unione europea, si pongono come espressione dell'autonomia del “mercato” e si oppongono a qualsiasi tentativo di “regolazione pubblica”, ritenuta ormai illegittima: «è il mercato che impone le sue leggi anche quando il legislatore vorrebbe ignorarle o imporne altre incompatibili con la sua logica interna»⁷⁰. Interi segmenti della regolazione (e dell'organizzazione) pubblica sono arretrati per lasciare il campo a fenomeni regolatori la cui natura non è sempre agevole determinare⁷¹. È un fenomeno in continua crescita (ma non irreversibile), che muta anche il modo in cui si valuta la produzione normativa, poiché la legittimazione degli atti del legislatore non deriva dalle condizioni di validità proprie dell'impostazione kelseniana, ma dalla *accountability by results*, dai buoni risultati ottenuti. «Il successo, dunque, prenderà il posto della legittimità», profetizzava M. Foucault⁷³.

L'osmosi tra pubblico e privato è quindi un tratto caratteristico, anzi programmatico, di queste regolazioni. C'è un'osmosi anche personale, come indicava Luhmann: gli “esperti” inseriti nel processo legislativo, che guidano le scelte dello stesso legislatore “politico” che dal loro sapere si trova a dipendere, si avvalgono dei «buoni rapporti» che intrattengono con lo specifico settore che andrebbe regolato⁷⁴ e rispetto al quale si sente in primo luogo responsabile⁷⁵: ne condividono conoscenze, visioni del mondo,

valori e – soprattutto, direi – ciò che incarna tutto questo, il linguaggio. Se – come scriveva Umberto Eco⁷⁶ – l'autore di un testo impiega segni letterari che «anziché servire a designare un oggetto, designano istruzioni per la produzione di un significato», il linguaggio impiegato da chi scrive i testi normativi si adegua a quello degli apparati tecnici che dovranno applicarli. Il che comporta che le regole siano spesso scritte in un linguaggio che il giurista (il giudice o il pubblico funzionario) ignora, per cui per capirle e applicarle deve ricorrere ad un'intermediazione linguistica di qualche consulente. Anche l'«esperto» però soffre di limiti linguistici, è insofferente al linguaggio giuridico, che gli appare inutilmente complesso: siccome le leggi *devono* essere scritte secondo gli schemi del diritto, e quindi non possono essere scritte se non con le tecniche del giurista, l'«esperto» tende a rifuggire dalla legge e propende per impiegare atti diversi: dall'allegato tecnico della legge o del regolamento, a quella congerie di atti amministrativi variamente denominati di cui si è detto.

Quello che da tempo è accaduto sul versante della «legislazione economica», avviene più di recente su quello della c.d. «biomedicina». Con l'aggravante che, trattandosi in questi settori di «diritti» molto più aderenti alla «persona» di quanto possano apparire le questioni economiche, il peso della scienza e della tecnica nelle scelte del legislatore «politico» si fa avvertire con particolare intensità. Ma, come già capitato sul versante delle questioni economiche, anche in questo caso scienza e tecnica compaiono in un ruolo ambivalente⁷⁷: da un lato, prevale un atteggiamento di favore per l'autonomia dei «dati» oggettivi rispetto alle scelte politiche della legislazione⁷⁸; dall'altro, proprio questa rivendicazione di autonomia suscita avversione in chi teme il trasferimento di potere decisionale dalla sfera pubblica, politica e democratica a quella privata, inevitabilmente intrisa di interessi corporativi e poco trasparente, quanto meno poco controllabile dall'opinione pubblica.

Ma è poi vero che i «dati» forniti dalla scienza si trasformino in «norme» giuridicamente vincolanti? O non è forse questo un abbaglio, un difetto di percezione causato dalla enormità del fenomeno? Può suscitare una certa impressione che la legge mostri di operare un «rinvio», in senso tecnico, ad atti o a valutazione da compiersi ad opera di esperti⁸⁰. Benché possa apparire particolarmente vistoso in certi settori (quello bioetico in particolare) è, come si è detto, un fenomeno di vecchia data. Che la scienza e il «fatto» entrino così profondamente nella regolazione dei diritti fondamentali abbaglia i commentatori, sino al punto di far parlare di «superamento della legge di Hume»⁸¹, della «incidenza giuridico-costituzionale della microverità scientifica», di ritenere persino che «la stessa conservazione della Costituzione come «sistema di valori» dipenda «fortemente dalla «conciliabilità di questi ultimi con il livello delle moderne conquiste scientifiche»⁸².

Da qui a concludere che la scienza «possa svolgere funzioni sostanzialmente normative»⁸³ e sia divenuta «parametro interposto di legittimità costituzionale»⁸⁴, addirittura un «parametro superiore di costituzionalità»⁸⁵, il passo è breve. Ma forse fatale, perché produce l'effetto distorsivo in cui incorre chi guarda troppo a lungo e troppo da vicino lo stesso oggetto. È chiaro che le conoscenze scientifiche ci offrono tali e tante informazioni da «riempire di significato» i riferimenti costituzionali quali, in particolare, il diritto della salute⁸⁶. Ma lo stesso certamente avviene anche per tutti gli altri concetti chiave del testo costituzionale. Non è forse profondamente cambiato il concetto di *proprietà privata* con la de-materializzazione dell'economia? E che dire del mutamento della 'famiglia'? Diceva De Lolme, motteggiando il legislatore inglese, che «*le parlement peut tout, excepté faire une femme d'un homme, e vice versa*». È un paradosso che ricordano ancora tutti, ma che oggi non fa più sorridere. La scienza consente di fare questo e altro ma, ovviamente, con le sue regole e i suoi limiti. Il che vuol dire che si è trasformata in un super-legislatore? Sarebbe come dire che, siccome falsificare le somme riportate in bilancio può essere un reato, allora l'aritmetica è assurda a super-fonte... Certo non è così, è solo l'effetto dell'entropia, e della confusione che porta con sé.

NOTE

¹ D. HUME, *Treatise of Human Nature*, III.1.1.27 (a pag. 496 nell'edizione delle *Opere filosofiche* curata da E. Lecaldano per Laterza).

² È il noto insegnamento di R.M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford 1952 (rist. 1960), 22.

³ Esempio a tale proposito la sentenza ENEL della Corte costituzionale (sent. 14/1964), su cui vedi, nella letteratura più recente, le considerazioni di E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 2017, spec. 11 s.

⁴ Per una rassegna (ormai "datata") di queste argomentazioni della Corte costituzionale rinvio a *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 313 ss.

⁵ W. CESARINI SFORZA, *Ex facto oritur ius*, in *Studi filosofici giudici dedicati a G. Del Vecchio*, I, Modena 1930, 87.

⁶ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 29.

⁷ Si tratta di quei mutamenti «che sorgendo o indipendentemente o, più spesso, contrariamente ad un diritto positivo, ricevono poi da questo la loro sanzione o addirittura lo costituiscono»: *ivi*, 31.

⁸ Su cui cfr. ora A. MANGIA, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale* 2020, 1, 75 ss. (l'intero fascicolo è dedicato al tema del mutamento costituzionale).

⁹ «*Also rein innerlich, in den Kopfen der Menschen vollzieht sich dieser Prozeß*»: W. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin Heidelberg 1929, 342.

¹⁰ *Ibidem*, 337 ss.

¹¹ *Ibidem*, 342.

¹² La Costituzione è stata spesso criticata per questa laconicità, soprattutto nel predisporre i meccanismi di "razionalizzazione" del parlamentarismo. Ma i nostri costituenti hanno fatto tesoro di quanto Vittorio Emanuele Orlando osservò, in apertura dei lavori: «è inutile affannarsi a creare congegni tecnici per ottenere una maggiore stabilità di Governo, se prima non si tengono presenti gli elementi politico-sociali che sono necessari per dare a questa stabilità una effettiva realizzazione» (così il Resoconto della seduta del 3 settembre 1946 della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, all'inizio della discussione generale sull'organizzazione costituzionale dello Stato).

-
- ¹³ *Forme di governo* (forme di), in *Enc. dir.*, XIX (1970): le citazioni che seguono sono tratte dall'estratto pubblicato, con il titolo *Forme di governo*, nel 1985. Merita osservare che Gramsci, già nel 1933, criticando uno scritto di Sergio Panunzio, aveva tacciato di formalismo chi si accostava al tema senza considerare il ruolo dei partiti politici.
- ¹⁴ Pagg. 5 e 6 dell'estratto).
- ¹⁵ *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag 1993, 257: «*Der Fall macht die Norm sichtbar, die es vor dem Fall als Struktur gesellschaftlicher Kommunikation gar nicht gab. Ex facto ius oritur.*»
- ¹⁶ Così W. CESARINI SFORZA, *Ex facto oritur ius*, in *Studi filosofici giudici dedicati a G. Del Vecchio*, I, Modena 1930, 599. In questo senso N. LUHMANN, *Das Recht cit.*, 57 nota che il diritto non ha inizio («*keinen Anfang des Rechts*»), ma «*ist immer eine Konstruktion in der Mitte der Zeit, in der jeweiligen Gegenwart*».
- ¹⁷ È un'opinione che ho già sostenuto in *L'ultima fortezza*, Milano 1996, 55 ss. e, più di recente, in *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Annuario 2014 dell'AIC, Napoli 2015, 21 ss. (anticipato in *Rivista AIC* 4/2014). Ho poi ripreso il tema in *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Mutamenti costituzionali*, fascicolo monografico (1/2020) di *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*.
- ¹⁸ *Legge e giurisprudenza*, a cura di F. Cortese e A. Sandri, Seregno, 2012, 41.
- ¹⁹ Così nel suo precedente studio N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), riedito con Prefazione di P. Grossi, Torino 2010, 36.
- ²⁰ Cfr. E. di ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna 1968. L'espressione «figurino delle forme di governo» deriva invece dalla Prefazione di M.S. Giannini all'edizione italiana del *Le régime parlementaire* di G. Burdeau. Sul problema del valore e la funzione dei modelli di forma di governo cfr. M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.* 1973, 214 ss.
- ²¹ Lo afferma espressamente Leopoldo Elia nella voce citata, proprio in critica a Giannini: «la costruzione per tipi non serve ad uno scopo meramente conoscitivo... ma tende a «riempire» le formule adottate dai framers della Costituzione italiana e di altre Costituzioni, e a confrontare poi con questo contenuto le norme scritte e non scritte (consuetudinarie e convenzionali) che vigono (o che sono proposte per la vigenza) in questo settore della pubblica organizzazione» (162).
- ²² «*There is a great difficulty in the way of a writer who attempts to sketch a living constitution – a constitution that is in actual work and power. The difficulty is that the object is in constant change*»: così inizia l'Introduzione alla seconda edizione di W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1872.
- ²³ Su questo cfr. M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv.trim.dir.pubbl.* 2006, 307 ss.
- ²⁴ Ho sviluppato queste tesi in *Mutamenti costituzionali cit.*
- ²⁵ S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, Mulino 2012, 171.
- ²⁶ V. CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. Dir.* XIII, su cui si vedano le riflessioni di S. BARTOLE, *La Repubblica italiana e la sua forma di governo*, Modena 2018, 10.
- ²⁷ «*Der Tatsbestand... beschreibt denjenigen Ausschnitt der Wirklichkeit, der durch die Rechtsfolge rechtlich gewertet wird*»: E. SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, Berlin-Frankfurt a.M. 1965, 87.
- ²⁸ «Ipotesi di fatto classificate per tipi, e così orientate nelle direttive di una valutazione giuridica», secondo la definizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino 1950, 2.
- ²⁹ Questa tesi l'ho sostenuta per la prima volta in *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 199 ss.
- ³⁰ Le due citazioni sono tratte dalla voce *Principi generali del diritto*, in *Encicl. Dir.*, XXXV, Milano 1986, 494 ss., ora in S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Napoli 2013, 85 (i corsivi sono aggiunti).
- ³¹ A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico – Studi*, Milano 1963, 280.
- ³² Sul punto rinvio al mio *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013.
- ³³ *Wahrheit und Methode*, tr. it. di G. Vattimo, Milano Bompiani 1990⁷, 360
- ³⁴ G. GADAMER, *Wahrheit cit.*, 379.
- ³⁵ *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Mulino, 2008, 187.
- ³⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge cit.* 191 (corsivi originali).
- ³⁷ Sui *wertauffüllungsbedürftige Begriffe* e il rapporto di essi con la fattispecie penale, cfr. K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in *Festschrift für Edmund Menger*, Müncher-Berlin 1954, 138 ss.
- ³⁸ *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev.* 4 (1983-1984), tr.it. di M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008, 35.
- ³⁹ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus* 1985, 479.
- ⁴⁰ Le tesi di questo paragrafo sono già state anticipate in *Giudice in Biolaw Journal - Rivista di biodiritto - Special Issue 2/2019 "La Costituzione e il biodiritto"*, 187 ss. e in *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, in corso di stampa. Ma l'ipotesi dell'entropia ho già iniziato a parlare in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, 61 ss., e, in precedenza, l'ho abbozzata in *Gli*

effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 363 ss.

⁴² «Eggs break, but they don't unbreak», è la felice metafora impiegata da B. GREENE, *The Fabric of the Cosmos: Space, Time, and the Texture of Reality*, New York, 2004, 13.

⁴⁴ Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964; O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Nel contesto italiano, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, 904, 913 – 915 915 e, in termini generali, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino, 2009, 388 ss., 399 s.

⁴⁵ Rinvio a *Il fatto nel diritto costituzionale*, cit. (spec. Sez. II).

⁴⁶ T. DE MAURO, *Introduzione alla semantica*, Bari, Laterza 1970, 26.

⁴⁷ *Genesi* 30:3.

⁴⁸ Cfr. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2001, 665 ss.; ID., *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano 2012. 123 ss.

⁴⁹ In quella vicenda il Governo ha sollevato un conflitto di attribuzione contro il pretore di Maglie perché questi avrebbe “abusato della giurisdizione” nella ricerca dei presupposti fattuali necessari al riconoscimento di prestazioni sanitarie richieste in nome del diritto alla salute. Non sapendo come affrontare la domanda del paziente, ormai privo di altre prospettive terapeutiche, senza conoscere le risultanze scientifiche della sperimentazione del trattamento Di Bella, il pretore programmava un'attività di accertamento medico-legale intesa a verificare l'efficacia del trattamento in esame sui pazienti ammessi alla sperimentazione ministeriale, in vista della decisione finale che avrebbe dovuto emanare. Un'indagine, dunque, svolta a tutto campo per poter ottenere le informazioni necessarie a comprendere se l'esclusione del ricorrente dalla sperimentazione ufficiale, disposta dalle strutture sanitarie, fosse o meno giustificabile in base alle conoscenze scientifiche disponibili. “La consulenza tecnica d'ufficio – avverte la Corte (sent. 121/1999) - è strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a conoscenze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere”. Vi è però un “uso abnorme della giurisdizione” quando, come nel caso in questione, “non si riscontra quel necessario rapporto di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione del giudice che è limite naturale della funzione giurisdizionale”.

⁵⁰ Classica è ormai l'analisi di S. JASANOFF, *Science at the Bar*, Cambridge, Mass. 1995 (tr. it. *La scienza davanti ai giudici: la regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001).

⁵¹ Una celebre sentenza della Corte suprema (*Daubert v. Merrell Dow Pharms.*, 509 U.S., 1993, 579 ss., 592-595, di cui si può leggere una traduzione in *Riv.dir.proc.civ.* 1996, 277 ss., con la nota di Dondi) giunge a fissare una serie di canoni che devono presiedere alla decisione del giudice, esplicitamente basati sulla metascienza falsificazionista di Popper, combinata però con una lettura della scienza come istituzione sociale, in cui si esalta il peso della comunità scientifica. Anche nella giurisprudenza italiana non mancano riferimenti espliciti alla sentenza *Daubert*: cfr. per tutti la sentenza *Petrochimico di Marghera* (Trib. Venezia, Sez. I pen., 29 maggio 2002, di cui vedi ampi stralci in *Riv. it. med. leg.* 2002, IV, 1634 ss.) in cui si elaborano quattro criteri per l'accertamento delle prove scientifiche che sono evidentemente ispirati a quelli elaborati dalla Corte suprema americana (v. pag. 1650).

⁵² Molto studiate sono le c.d. *attività istruttorie* della Corte: cfr. ora l'ampia analisi di E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, cit.; adde G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Le Regioni* 2017, 225 ss.

⁵³ Cfr. già A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere “privilegiato” delle valutazioni legislative*, in *Giur.cost.* 1986, I, 956 ss., 958 s.

⁵⁴ Sent. 114/1998, in *Giur.cost.* 1998, 965 ss. (con nota di L. Violini).

⁵⁵ È il caso delle sent. 438 e 439 del 1995, che dichiarano illegittime le norme sulla detenzione di persone affette da HIV, introdotte nel 1993: cfr. le osservazioni di A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative “penali”*, in *Giur.cost.* 1995, 3460 ss.

⁵⁶ Gli esempi possono essere molto numerosi. Tra le decisioni più recenti si possono citare le sentt. 127/2020 (sull'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso della filiazione), 102/2020 (conseguenze della condanna per sottrazione e trattenimento di minore all'estero), 242/2029 (“caso Cappato”). Può essere richiamata a questo proposito la più generale figura della “delega di bilanciamento”: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 120 ss.

⁵⁷ Sent. 185/1998: il principio è ribadito in termini ancora più drastici nella sent. 188/2000. L'equiparazione tra il giudice costituzionale e il giudice ordinario, per quanto riguarda l'esclusione dalle valutazioni che spettano agli organi tecnico-scientifici, è espressamente affermata nell'ord. 385/1998, che dichiara ammissibile il conflitto di attribuzione che sarà poi deciso con la sent. 121/1999.

⁵⁸ Sent. 121/1999.

-
- ⁵⁹ Questo è un profilo molto rilevante, che però non rientra nelle finalità di questo scritto: me ne sono occupato nella seconda parte dello scritto *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino 2005, 10 ss.
- ⁶⁰ S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli 2005, 143.
- ⁶¹ Cfr. A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur.cost.* 2020, 1895 ss.
- ⁶² Cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano 2001, 45 ss.
- ⁶³ Per esempi di norme tecniche in questi settori, e relativa giurisprudenza, cfr. ora M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano: uno studio introduttivo*, Milano 2020, 141 ss.
- ⁶⁴ Cfr. la diagnosi spietata di C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Diritto e cultura* 1995, 7 ss.
- ⁶⁵ G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, 465.
- ⁶⁶ Cfr. E. FORSTHOFF, *Strukturwandlungen der modernen Demokratie*, tr. it. in A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padova 1995, 158 ss.
- ⁶⁷ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, tr. it. di M. Bertani e V. Zini, Milano 2017³, 39 ss..
- ⁶⁸ Cfr. J. INSENSEE, *Regierbarkeit in einer parlamentarischen Demokratie*, in *Zur Regierbarkeit der parlamentarischen Demokratie*, Köln 1979, 20.
- ⁶⁹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica cit.*, 111 s.
- ⁷⁰ Così F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002, 7.
- ⁷¹ Cfr. ancora R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino 2019³, 31.
- ⁷² *Nascita della biopolitica cit.*, 28.
- ⁷³ Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli 1990, 172 s.
- ⁷⁴ Cfr. a proposito le osservazioni critiche di M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994 151 s.
- ⁷⁵ *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, 21.
- ⁷⁶ Su questa ambivalenza cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC* 2/2016.
- ⁷⁷ Pe esempio, auspica che grana parte delle «microverità scientifiche... costituisca un limite invalicabile al potere politico (anche dello stesso popolo sovrano)» A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, Milano 1994, 133.
- ⁷⁸ In questo senso S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli 2015, 140 ss. e 455.
- ⁷⁹ Cfr. G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008, 37, che cita L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005, 235 s.
- ⁸⁰ A. SPADARO, *Contributo cit.*, 132.
- ⁸¹ S. PENASA, *La legge cit.*, 143.
- ⁸² In questo senso, sin dal titolo, cfr. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC* 2/2016 e S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* 16 giugno 2014. Ma l'affermazione è ampiamente condivisa, per es., da G. D'AMICO, *Scienza e diritto cit.*, 174 e da S. PENASA, *La legge cit.*, 457.
- ⁸³ A. SPADARO, *Contributo cit.*, 134.
- ⁸⁴ Cfr. C. CASONATO, *La scienza cit.*, 6.