

LAURA BUFFONI

*La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto:
appunti per una critica del “fisicalismo” giuridico*

ABSTRACT

The article aims to discuss the theory presented by Roberto Bin in his book *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, 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 1989 essay, 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 necessary to refer to natural sciences, such as physics, to leave aside 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 of law – especially from the discursive theory of legal justification. In this perspective, on the opposite, natural sciences have to refer to legal doctrine.

In questo saggio viene discussa la proposta teorica formulata da Roberto Bin nel libro, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, secondo cui la fisica ed i suoi presupposti epistemologici possono aiutare, secondo una intuizione di L. Tribe del 1989, a fondare, su nuove basi, la teoria delle fonti del diritto e dell'interpretazione giuridica. In particolare, l'applicazione delle premesse epistemologiche della fisica quantistica alla teoria del diritto svelerebbe il determinismo newtoniano della teoria kelseniana delle fonti (e dell'interpretazione) del diritto e la sovrapposizione tra il soggetto che interpreta e l'oggetto interpretato. L'Autore di questo lavoro, benché

ritenga stimolante la metafora “fisicalista”, sostiene che non è necessario postulare premesse fisiche per spiegare il fenomeno giuridico. E questo perché non vi è alcuna gerarchia epistemologica tra le scienze naturali e le scienze sociali che prescriva di mutuare il metodo interpretativo dalla fisica. Al contrario, gli stessi fatti possono essere già spiegati con il *discorso* interno al diritto, quello proprio della teoria discorsiva dell’interpretazione giuridica e, soprattutto, gli stessi fisici costruiscono *discorsivamente* le proprie teorie, secondo l’opzione teorica propugnata dal post-positivismo giuridico analitico.

KEYWORDS:

theory of legal interpretation; fisicalism; philosophy of science; neopositivism; post-positivism science law

teoria dell’interpretazione giuridica; fisicalismo; filosofia della scienza; neo-positivismo logico; post-positivismo

LAURA BUFFONI*

*La filosofia della scienza
e lo studio delle fonti del diritto:
appunti per una critica del “fisicalismo” giuridico*

1. L'epistemologia “fisicalista” di Roberto Bin – 2. Sul determinismo newtoniano della teoria kelseniana delle fonti e dell'interpretazione del diritto – 2.1. Kelsen, il neokantismo della Scuola di Marburgo ed il neopositivismo logico del Circolo di Vienna – 2.2. La pratica della gerarchia normativa come limite dei giudici al potere politico – 3. Dalla meccanica quantistica alla teoria delle stringhe – 4. Dell'ontologia degli oggetti sociali – 5. Il dualismo dei continentali ed il postpositivismo giuridico analitico: il diritto come modello per le scienze naturali – 6. La teoria discorsiva dell'interpretazione giuridica ed il mondo delle probabilità.

1. L'epistemologia “fisicalista” di Roberto Bin

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

Su questa base, Egli ritiene che la teoria kelseniana delle fonti del diritto sottenda l'approccio deterministico alla

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università di Sassari. E-mail: laurabuf@supereva.it.

conoscenza della fisica newtoniana e ne sostiene l'inadeguatezza per limitare la discrezionalità del giudice. Prescrive, quindi, l'applicazione delle premesse epistemologiche della fisica quantistica alla teoria del diritto. Tale innesto conduce ad abbandonare la prospettiva della teoria delle fonti del diritto e svela la sovrapposizione tra il soggetto che interpreta e l'oggetto interpretato, guardato come un "documento" e, quindi, una "cosa".

La tenuta della prospettiva epistemologica di fondo che si intravede dietro il libro di Roberto Bin e della conseguente *dottrina* quantistica dell'interpretazione giuridica che propone dipende dalla soluzione di tre questioni.

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

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

3. Ma, soprattutto, le premesse epistemologiche della fisica possono costituire le premesse del discorso giuridico? È sostenibile oggi una proposta "fisicalista"¹? 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 dottrina discorsiva dell'interpretazione è l'autonomia e alterità delle scienze dello spirito (evolutesi nelle scienze sociali), dominate dalla logica

¹ Sul "fisicalismo" quale ipotesi filosofica che propone come linguaggio dei protocolli il linguaggio della fisica cfr. D'AGOSTINI 1997, 232. Una classificazione dei diversi tipi di "fisicalismo" la si trova in MELNYK 2003, 2 ss.

argomentativa, rispetto alle scienze naturali e, in particolare, alla fisica, fondate sulla logica dimostrativa e sperimentale (anche quella quantistica)²?

Partiamo dalle prime due, meno capitali.

2. *Sul determinismo newtoniano della teoria kelseniana delle fonti e dell'interpretazione del diritto*

Secondo Bin la teoria kelseniana delle fonti pretenderebbe di descrivere le strutture immutabili del sistema giuridico, ricorrendo a leggi eterne e considerando il mondo giuridico 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 all'«ontologia del materialismo»³, al mondo di cose e fatti, un mondo di possibilità e potenzialità, con conseguente impensabilità di una interpretazione (obiettiva).

In questo mondo di univocità e certezza, 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. Di conseguenza il procedimento d'interpretazione e di applicazione del diritto non desterebbe in Kelsen particolari preoccupazioni perché è limitato dalla fonte superiore⁴. 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

² Anche per FEYNMAN 2000, 22, l'esperimento è il solo giudice della verità scientifica.

³ Di cui discorre criticamente HEISENBERG 2008, 154.

⁴ BIN 2013, 16.

sistema perde di coerenza⁵. Il potere del giudice è tollerato perché applica la legge e crea la norma del caso, ma lo schema non funziona più se il giudice deve applicare i principi generali codificati nella Costituzione e i parametri kelseniani non servono a giustificare la discrezionalità del giudice⁶.

Questa rappresentazione della teoria kelseniana è opinabile. Ma questo non dovrebbe preoccupare Bin (e scalfire la coerenza interna della sua prospettiva teorica) perché, nella prospettiva quantistica, è ovvio che il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare. E se si allarga l'oggetto delle osservazioni, oltre gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e, finanche, oltre la *Reine Rechtslehre*, 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 preparare una controffensiva.

Kelsen non pare né deterministico, né acquietato sull'immagine pacificante di un giudice che crea legittimamente nella griglia della *Stufenbau* sia nella sua teoria delle fonti, sia in quella dell'interpretazione giuridica, che poi in larga misura coincidono⁷.

Dopo l'abbandono del "dualismo" tra la norma e la sua attuazione, che determinava l'insuperabile scissione tra la *poiesis* e la concretizzazione del diritto, e del «legalismo radicale»⁸, che racchiudeva tutto l'ordinamento «nel letto di Procuste della legge»⁹, che avevano caratterizzato i *Haupt-*

⁵ BIN 2013, 8.

⁶ BIN 2013, 10.

⁷ Su cui GAVAZZI 1957, 217 ss.; BETTI 1971, 152 ss.; PARESC 1972, 193 ss.; LOSANO 1981, 93 ss.; COTTONE 2007, 91 ss.

⁸ Il virgolettato è di CARDONE 2007, 355.

⁹ Secondo la celebre espressione di MERKL 1987, 105.

probleme der Staatsrechtslehre (1911), Kelsen, in forza della costruzione gradualistica dell'ordinamento, esplicita l'immedesimazione tra i due momenti della nomodinamica nella c.d. teoria della "cornice"¹⁰. 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, intellettivo 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 diritto. Quindi, per Kelsen l'interpretazione e il giudizio sono volontà: il procedimento di interpretazione e applicazione del diritto non può essere deterministico, non può essere un *a priori*, in quanto l'interpretazione pura, che è attività scientifica, avalutativa, di conoscenza del diritto, ci dice solo quali sono probabilisticamente le ipotesi ermeneutiche possibili dentro le quali il giudice può scegliere. Coerentemente ne segue l'espulsione dell'interpretazione e del giudizio dall'attività di conoscenza del diritto e la loro inclusione nell'attività di creazione. Basterà rammentare il passo di *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»¹¹ o de *La dottrina pura del*

¹⁰ Il riferimento è, in particolare, alle opere KELSEN 1952a, 118 ss.; KELSEN 1952b, 274-287; KELSEN 1966, 384 ss.; KELSEN 1982a, 88 ss.; KELSEN 1985, 387.

¹¹ KELSEN 1981b, 245.

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»¹², 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 fatto¹³.

Piuttosto, la rappresentazione di una teoria dell'interpretazione del diritto che vede nel mondo giuridico una realtà oggettiva e univoca, da scoprire mediante procedimenti logici infallibili, pare più propria delle certezze del positivismo giuridico del XIX secolo *à la* Gerber, Laband e Jellinek che del normativismo positivista kelseniano¹⁴. La dottrina pura del diritto mette, infatti, a frutto la lezione del *Freirecht*, evitando le illusioni della certezza, della completezza dell'ordinamento, della oggettività e della prevedibilità del diritto, in una delle indubitabili verità, in cui si era cullata la teoria giuridica positivista e la giurisprudenza dei concetti¹⁵ e comprende che l'interpretazione conduce «sempre e soltanto a un risultato possibile, mai all'unico esatto»¹⁶.

¹² Kelsen 1952a, 104.

¹³ Sui rapporti tra l'impostazione kelseniana degli *Hauptprobleme* e la successiva adozione della *Stufenbaulehre*, con il connesso superamento della visione dualista della norma vedi BONGIOVANNI 1998, 91 ss.

¹⁴ 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 MARCENÒ 2009.

¹⁵ La dottrina pura del diritto rappresenta il superamento delle ingenui certezze del positivismo giuridico ottocentesco per VOLPE 2000, 147-148.

¹⁶ Kelsen 1966, 122.

Ne deriva che per Kelsen il procedimento di interpretazione del diritto non poteva non destare 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 "democratico" per la neutralizzazione valoriale della Costituzione, come nota Bin, ove afferma che la giustificazione kelseniana del potere del giudice di creare diritto regge finché regge il sistema gerarchico, e il sistema gerarchico regge finché la costituzione si limiti a regolare la forma delle leggi¹⁷. Ma sul relativismo etico kelseniano l'influenza non è della logica formale e dimostrativa, ma del pragmatismo di Vahinger¹⁸, 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. È significativo che Vahinger abbia influenzato anche il pensiero del pragmatismo costruttivista e postmoderno 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. Rorty scrive che il pragmatismo

«è la dottrina secondo cui non vi sono limiti o paletti alla ricerca se non quelli della conversazione – nessun limite

¹⁷ BIN 2013, 8.

¹⁸ Sull'influenza del pragmatismo di Vahinger sul relativismo etico elaborato in KELSEN 1919, 630 ss. vedi VOLPE 1977, 129.

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»¹⁹.

Quindi, sul relativismo kelseniano ha esercitato influenza il padre della filosofia pragmatica, che, però, è anche quella filosofia contemporanea che predica l'unità del sapere contro l'ontologia dualistica, in nome del monismo "fisicalista" di cui è figlia anche la metafora euristica di Bin.

Pertanto, anche a limitare la Costituzione alla forma pluralistica della convivenza civile e politica degli individui, pena la sua dissoluzione o ineffettività, 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»²⁰.

In secondo luogo, per Kelsen l'immanente creatività della giurisdizione è a tal punto un problema che la sua tribolata giustificazione determina aporie nel pensiero kelseniano. Era ancora troppo vivido in Kelsen il ricordo della «battaglia»²¹, 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 deporre i

¹⁹ RORTY 1986.

²⁰ MEZZANOTTE 1984, 36.

²¹ VOLPE 2000, 78.

giudizi di valore alle soglie dell'attività interpretativa e per non maturare una sfiducia nei confronti del giudice²². 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 juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*²³ 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 esecutive²⁴. 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

²² Sull'ideologia della magistratura nell'esperienza weimariana cfr. VOLPE 1977, 99 ss.

²³ In KELSEN 1981a, 174.

²⁴ KELSEN 1981B, 241-244, cui si riferisce il virgolettato che segue.

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 politico²⁵.

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 la funzione politico-creativa, deve essere attribuito, in un sistema democratico-rappresentativo, ad un giudice, seppure speciale²⁶. Ma a questo la

²⁵ Sul punto vedi MEZZANOTTE 1984, 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».

²⁶ Lo stesso KELSEN 1981a, 190, considera lo spostamento di potere politico dal parlamento al giudice costituzionale come una sorta di male necessario, «certamente non voluto e politicamente controindicato».

fisica quantistica ed il principio di indeterminazione non riescono 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 normativa²⁷, 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 giuridica²⁸.

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.

Per le stesse ragioni, però, la teoria kelseniana sembra lontana anche dall'*interpretative approach* della teoria di Dworkin della *one right answer*²⁹. 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 complementarietà «se ogni osservatore è parte del sistema osservato allora tutti i possibili

²⁷ KELSEN 1981b, 152-153, 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».

²⁸ Sul nesso tra corte "politica" e costituzione "breve" ancora irrinunciabile la riflessione di MEZZANOTTE 1979, 185-186, n. 8, e 1984, 45.

²⁹ Formulata, come noto, da DWORKIN 1983, 469 ss.

risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi»³⁰. 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 anche nella nomodinamica kelseniana lo schema di produzione determinato dalla norma superiore consente più norme possibili, più opzioni logicamente compatibili con la norma superiore, che spetta alla scienza giuridica elencare. È inequivocamente affermata la possibilità che coesistano più interpretazioni³¹, tra le quali è possibile compiere l'atto creativo di scelta.

2.1. Kelsen, il neokantismo della Scuola di Marburgo e il neopositivismo logico del Circolo di Vienna

Ma a rendere insostenibile l'ascrivibilità della teoria kelseniana al determinismo newtoniano sono le premesse di teoria della conoscenza da cui Kelsen muove. Il neokantismo della Scuola di Marburgo e il neopositivismo del Circolo di Vienna lo conducono lontano dalla prospettiva ontologico-materialistica.

Il debito contratto con il primo emerge da 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 intellegibile³². Sostiene Kelsen, addirittura con una metafora "fisicalista", che

³⁰ BIN 2013, 19.

³¹ Vedi *supra*, n. 16.

³² KELSEN 1966, 86-92.

«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»³³.

Queste osservazioni non sono forse sufficienti per declinare la concezione della conoscenza giuridica di Kelsen in termini radicalmente costruttivistici e, quindi, deduttivamente quantitativi³⁴: per Kelsen la *verità* è l'obiettivo fondamentale cui devono tendere le descrizioni giuridiche³⁵ ed il costruttivismo che Kelsen sarebbe disposto a riconoscere alla scienza giuridica si limiterebbe alla realizzazione dell'«ordine» e non di un «possibile ordine»³⁶. Dalle medesime paiono, però, emergere le premesse epistemologiche kantiane, rielaborate dal neocriticismo della Scuola di Marburgo, per cui il metodo genera l'oggetto e ne determina i confini³⁷, incompatibili con una lettura deterministica e materialistica del pensiero kelseniano. Del resto, la produttività del pensiero era l'ossessione della dottrina dello Stato weimariana³⁸ e lo stesso Kelsen ammette l'influenza del pensiero di Kant, nell'interpretazione

³³ Kelsen 1966, 89.

³⁴ Sulle implicazioni costruttiviste della teoria dei quanti cfr. Putnam 1990, 4-5 e 11.

³⁵ Kelsen 1966, 91.

³⁶ Villa 1999, 141.

³⁷ Sull'influenza in Kelsen del concetto di produttività del pensiero, fulcro della rivoluzione copernicana di Kant, ripreso dal neokantismo di Marburgo, Jöckel 1930, 4 ss.

³⁸ Su cui vedi Cavallo 2008, 18 ss.

fornitane dal neocriticismo di Marburgo³⁹.

Ma il neokantismo conduce all'ermeneutica postmoderna e non all'ontologia. La proposta di Kant era, infatti, di fondare l'esperienza attraverso la scienza e, in particolare, la fisica⁴⁰: quello che vediamo dipende da quello che sappiamo e la percezione dell'esperienza è sempre mediata da schemi concettuali. La conseguenza è l'epistemologia trascendentale della filosofia postmoderna e l'ermeneutica⁴¹, che rinviano ad un orizzonte di senso opposto all'ontologia dell'esperienza.

Non può, quindi, essere Kelsen il destinatario della critica di Heisenberg all'ontologia del materialismo: nella filosofia contemporanea l'ontologia si oppone alla epistemologia neokantiana ed al formalismo (giuridico), che sulle premesse teoriche della seconda si reggeva⁴².

Potrebbe piuttosto predicarsi il determinismo dell'anti-formalismo: pensiamo al determinismo del processo di integrazione di Smend, che si svolge con la immutabilità e necessità delle leggi naturali⁴³.

L'appartenenza organica di Kelsen al Circolo di Vienna è dubbia⁴⁴, la frequentazione e la consuetudine intellettuali sono, però, probabili.

Gli ambienti neopositivistici, che si sviluppavano attorno al *Weiner Kreis*, prendevano posizione a favore del "fisicalismo", secondo cui gli enunciati di partenza, grazie ai quali

³⁹ Kelsen 1966, 89.

⁴⁰ La scuola di Marburgo propugna l'affermazione gnoseologica del metodo delle scienze della natura: Cavallo 2008, 20.

⁴¹ Di "fallacia trascendentale", derivata dal kantismo, discorre Ferraris 2010, 68.

⁴² Roehrsen 1979, 491 ss.

⁴³ Per una declinazione deterministica della *Integrationslehre* di Smend vedi Sordi 1989, 653.

⁴⁴ Artosi 2006.

costruiamo la nostra immagine del mondo, sono le verità trasmesse dalla fisica, dibattevano le implicazioni filosofiche della costruzione einsteiniana⁴⁵ ed accoglievano le innovazioni apportate da Planck e Bohr e dalle geometrie non euclidee⁴⁶. Apprezzavano le conseguenze epistemologiche delle scoperte della teoria della relatività e della meccanica quantistica. Alla prima non potevano che seguire la perdita di oggettività, perché lo spazio ed il tempo divenivano relativi e variabili, dipendenti dagli strumenti e dai procedimenti di osservazione, ed il superamento, in quanto inutili, della geometria euclidea dello spazio fisico e dell'ipotesi della forza di gravità di Newton. La meccanica quantistica, per suo conto, sostituiva il principio di causalità con il calcolo delle probabilità e rinunciava a descrivere la natura, di cui si rivelavano possibili solo costruzioni concettuali probabili o ipotetiche, nelle quali la realtà fisica dipendeva dai procedimenti di osservazione.

Ma il neopositivismo non si arrese alla perdita di certezze. Dalle teorie della relatività non ne derivò solo la consapevolezza dell'ineludibile soggettività della conoscenza. La relatività dei parametri fisici e geometrici, in dipendenza dei sistemi di riferimento prescelti, spinse ad elaborare, sulla base di equazioni differenziali che rendevano possibile il passaggio da un sistema all'altro e l'equiparazione dei risultati raggiunti, leggi generali che indagassero i fenomeni naturali. «Se è vero, infatti, che il mondo non è più una realtà oggettiva posta dinanzi all'uomo, tuttavia esso è una costruzione concettuale che dipende dai mezzi di osservazione di cui l'uomo si serve». Di conseguenza, stante la padronanza dei sistemi di riferimento, diventava possibile enucleare leggi relative a tali costruzioni

⁴⁵ VOLPE 2000, 133.

⁴⁶ D'AGOSTINI 1997, 26 e 230.

concettuali e raggiungere per questa via un'oggettività altrimenti irrimediabilmente perduta, stante la soggettività dell'osservazione⁴⁷.

Kelsen, per parte sua, conosceva la fisica quantistica: già nella "prima" *Dottrina pura del diritto* si sofferma sulla teoria di Planck⁴⁸. Ma, soprattutto, allo stesso modo dei neopositivisti logici, pur consapevole del fallimento delle ingenue certezze del positivismo ottocentesco, svelato dal movimento del diritto libero e dalla crisi dello Stato legislativo, cercò una nuova oggettività: cercò la categoria fondamentale della scienza giuridica, la sua logica, la sua essenza formale, indipendente dalla volontà del singolo e dai dati empirici. Non si trattava, però, del ritorno all'obiettivismo materialistico della fisica newtoniana, che già da tempo appariva inutile, ma del tentativo di fondare, sulle nuove basi epistemologiche offerte dalla filosofia della scienza, la sfida al soggettivismo ed irrazionalismo volontaristico, che richiedeva, pur sempre, la formulazione di leggi generali.

2.2. *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 regime⁴⁹.

⁴⁷ VOLPE 2000, 133, cui si riferisce il virgolettato.

⁴⁸ KELSEN 1952a, 188 ss., a cui *adde* KELSEN 1939-40, 424 ss.; KELSEN 1941.

⁴⁹ Il tema della gerarchia normativa si collega "fatalmente" al governo politico dei giudici per DI DONATO 2010, 153 ss.

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 assiologicamente 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*⁵⁰. Ma la gerarchia delle norme non era il presupposto, bensì 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. «La gerarchia delle norme non esiste prima della decisione del giudice, ma soltanto dopo»⁵¹. 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. È implicazione

⁵⁰ Sul linguaggio di Antico regime come spia dell'esistenza di una Costituzione e pensiero costituzionale *ante litteram* DI DONATO 2011, 895 ss.

⁵¹ TROPER 2010, 19.

immanente alla visione misoneistica di Antico regime⁵², mediata dalla ricezione in 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 ovvero di quiescenza della norma, che, determinando la coesistenza di norme contraddittorie, aumentava a dismisura il potere discrezionale dell'interprete. Mentre l'abrogazione sottraeva potere all'attività giurisprudenziale e interpretativa, la desuetudine lo accresceva.

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»⁵³. I giudici dell'Antico regime costruiscono un ordine giuridico pragmatico il cui carattere essenziale è la struttura normativa gerarchizzata. E la gerarchia delle fonti del diritto è 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 quello 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

⁵² Qui converge la riflessione BIN 2013, 45-47: 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.

⁵³ DI DONATO 2010, 227.

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 giurisdizionale 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 statutale, la *ratio* fondamentale dello Stato. La gerarchia delle norme era garanzia di stabilità dell'ordine giuridico e sociale, in quanto presupponeva una costituzione immodificabile dedotta per via giurisprudenziale. Appare manifesta la sua coerenza con l'onticità, la fissità, dell'Antico regime.

Se così è, la gerarchia delle norme si rivela 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)⁵⁴ 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 e, 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

⁵⁴ Quella relazione si declinerà nella "sorprendente somiglianza", per dirla con Leibniz, tra la giurisprudenza e la teologia; conclusione cui giunge anche BIN 2013, 15.

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. E la sostituzione al re dell'assemblea rappresentativa non necessariamente modifica i termini della questione.

Ne deriva che l'insufficienza, oggi conclamata, della teoria delle fonti, che serve a risolvere le antinomie, per spiegare ciò che fanno i giudici, 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 sovraregalità costituzionale)⁵⁵. 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»⁵⁶.

3. *Dalla meccanica quantistica alla teoria delle stringhe*

Nella *pars construens* l'Autore muove dai presupposti epistemologici della fisica quantistica e per primo dal principio

⁵⁵ Sul potere del giudice nel selezionare il "dato giuridico" da interpretare e applicare cfr. anche TROPER 1998, 263 ss.; TROPER 2006, 37.

⁵⁶ DI DONATO 2010, 491.

di indeterminazione di Heisenberg. E ciò sulla scia di un articolo di Lawrence H. Tribe, pubblicato nel 1989 sulla *Harvard Law Review*, quando l'avanguardia della fisica quantistica era la curvatura dello spazio-tempo⁵⁷.

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'interpretazione⁵⁸.

Ci si potrebbe forse chiedere se, oggi, la meccanica quantistica e la teoria dei quanti siano 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".

⁵⁷ Il "fisicalismo" di Tribe pare, però, *indeciso*. La metafora "fisicalista" si è attenuata nel più recente TRIBE 2008, 155 ss., in cui Tribe continua a denunciare «the slippery slope» del pensare «in the Newtonian frame», ma adopera sei diversi modelli per spiegare «the unseen Constitution: geometric, geodesic, global, geological, gravitational e gyroscopic models». Qui «the aesthetic sense» lo porta a soccombere «to the allure of alliteration», come lui stesso ammette, piuttosto che ad argomentare sulle comuni premesse epistemologiche tra fisica e diritto. Così come nel passato Tribe aveva paragonato il diritto non già alla fisica, ma ai processi autogiustificativi della matematica, dopo che Imre Lakatos aveva sfidato la visione convenzionale della matematica quale insieme di verità dimostrate: TRIBE 1971, 1329.

⁵⁸ BIN 2013, 21-22.

Il riferimento è appunto alla teoria delle stringhe (o delle corde o delle membrane vibranti).

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 avere⁵⁹.

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

⁵⁹ Su cui vedi il recente saggio di GREENE 2012.

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 attagliarsi 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 difficili⁶⁰.

Tradotto nel linguaggio dell'interpretazione giuridica, il problema che pone la teoria delle stringhe pare equivalere 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.

4. *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 e che l'interprete lavori in una prospettiva di separazione rispetto all'osservato. Al contrario, per Bin non esistono *cose* a prescindere dall'intervento dell'interprete, ma esiste la sovrapposizione tra soggetto e oggetto, che è al cuore della

⁶⁰ BIN 2013, 8.

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 giudici⁶¹. 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 interpretazione⁶². 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 generale⁶³. Potrebbe sintetizzarsi con la conclusione nichilistica, preludente al postmoderno, che varrebbe per gli oggetti naturali quanto per quelli sociali, «non ci sono fatti, ma solo interpretazioni»⁶⁴.

Ma considerare il diritto come *cosa*, come *documento*, rinvia ad una ontologia materialistica? E l'ontologia nella sfera degli oggetti naturali, di cui si occupa la fisica, 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 Ferraris⁶⁵, il cui obiettivo polemico è il costruzionismo, il collasso tra essere e conoscenza, tra ontologia ed epistemologia, dei pragmatisti e

⁶¹ BIN 2013, 11-12 e 53-54.

⁶² BIN 2013, 15 e 25 ss.

⁶³ BIN 2013, 62.

⁶⁴ NIETZSCHE 1990, 7 [60].

⁶⁵ FERRARIS 2007; 2010; 2014.

dei postmoderni, per i quali tutti gli oggetti sono socialmente costruiti.

Nell'ontologia di Ferraris, che ha elaborato la premienza, in filosofia, della teoria dell'oggetto rispetto alla questione del soggetto ed 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 sociali⁶⁶. 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. Le fonti del diritto sono 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 fonda sull'appello allo spirito contro la lettera ed in ciò si radica «la normalizzazione del dubbio»⁶⁷. 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'alienanza tra teosofia metafisica ed interpretazione giurisdizionale che, come sottolinea Bin, già Leibniz aveva intuito⁶⁸.

⁶⁶ Sull'importanza delle cose vedi RIGOTTI 2007; BODEI 2009.

⁶⁷ FERRARIS 2010, 79.

⁶⁸ BIN 2013, 15.

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 (poi, hegeliano e, infine, postmoderno) 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", invece, 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 naturali⁶⁹. L'ermeneutica è, cioè, recuperabile solo se ne è ristretta la sfera all'ambito degli oggetti sociali.

Allora, nella proposta teorica realista o ontologica:

1. considerare il diritto, la disposizione da applicare, una *cosa*, un *oggetto sociale*, un *documento*, non rinvia all'«ontologia del materialismo», ma piuttosto ad un testualismo debole che, rapportando l'interpretazione ad un testo, ad una iscrizione, alla *lettera*, apre alla parzialità dell'interpretazione, ma 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

⁶⁹ Condivide la distinzione tra ontologia ed epistemologia tracciata da Ferraris GALGANO 2010, 11.

sociale non possono desumersi dalla fisica (e dagli oggetti fisici), a cui il trascendentalismo e le sue radicalizzazioni devono restare estranee, pena la trasformazione in metafisica.

In questa prospettiva teorica i *testi* da cui trarre la norma o i testi in cui si iscrive la motivazione possono anche considerarsi, come ritiene Bin, “*cose*”⁷⁰, ma su di esse, in quanto oggetti sociali, l’ontologia del materialismo della fisica potrebbe dirci poco.

Si può 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, sul dualismo tra scienze della natura e scienze dello spirito, tra comprendere e spiegare⁷¹. È vero, ma questa osservazione, più che superare l’obiezione, porta alla terza domanda.

5. *Il dualismo dei continentali e 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 giuridico⁷²?

Lo hanno negato la teoria critica della Scuola di Francoforte, l’ermeneutica, le correnti neoidealistiche e, più in generale, le filosofie *continentali*⁷³. Il presupposto epistemologico da cui muovono, radicato nel pregiudizio

⁷⁰ BIN 2013, 62.

⁷¹ Sul dualismo vs il monismo “fisicalista” cfr. POGGI 2007, 161 ss.

⁷² Cfr. SPARTI 2010.

⁷³ Sulla coppia “analitici e continentali” come categorie fondamentali della filosofia contemporanea D’AGOSTINI 1997.

scienziista, 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), delle scienze comprendenti rispetto alle scienze esplicative⁷⁴. L'origine è la critica dell'oggettivismo scientifico di Husserl, che considera le scienze naturali ingenui, in quanto assumono le cose come ovvietà, ma nulla c'è, dice Husserl, che non sia intenzionato, costituito dalla coscienza. La fenomenologia husserliana porta in gioco la questione del soggetto costituente i propri oggetti d'esperienza⁷⁵. Per Habermas, poi, la filosofia continentale non sarebbe propensa ad accettare la pretesa impropria di neutralità descrittiva e di separatezza tra il metodo e l'oggetto che apparterrebbero, invece, al punto di vista analitico: su queste basi Habermas teorizza la razionalità ermeneutico-dialettica contrapposta alla razionalità scientifico-analitica⁷⁶. Più in generale il pensiero continentale e, soprattutto, l'ermeneutica, di derivazione kantiana ed idealistica, si vengono a caratterizzare per una contaminazione soggettiva dei dati d'esperienza, ovvero: a) il soggetto partecipa alla formazione dei propri oggetti; b) il soggetto partecipa del proprio ambito di osservazione. In questa prospettiva l'apporto della fisica (anche quantistica) all'ermeneutica giuridica, oltre che inutile perché la seconda ha già normalizzato il dubbio e superato l'*autodati* delle cose in nome della costitutività del soggetto, non è epistemologicamente sostenibile, considerato che la teoria discorsiva del

⁷⁴ Per una critica, dall'interno, alla rivendicazione ermeneutica della superiorità delle scienze dello spirito sulle scienze della natura cfr., però, VATTIMO 1994, 22 ss.

⁷⁵ HUSSERL 1994, 25 ss.

⁷⁶ HABERMAS 1996, 218 ss, 246 ss. e 391 ss.

diritto 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* Ross⁷⁷ il sapere si regge sul monismo metodologico, che, sulla scia del neopositivismo di Schlick, del primo Carnap e, più in generale, del Manifesto per l'unificazione della scienza del 1929 del Circolo di Vienna⁷⁸, 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 e ad essere modello per le scienze sociali⁷⁹.

Nella filosofia analitica è, però, ormai da tempo entrata in crisi l'immagine positivista e neopositivistica 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*⁸⁰ delle osservazioni fattuali, al punto che le osservazioni, inimmaginabili come pure, sono considerate come influenzate dalla teoria, dal linguaggio in cui sono espresse. Il postempirismo logico di Quine e Hanson, seppure ascrivibile al monismo “fisicalista”, 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 eliminativista (della ontologia dualista) di Feyerabend critica il dogma della avalutatività, oggettività e neutralità della scienza naturale, che si rivela,

⁷⁷ ROSS 1958.

⁷⁸ HAHN ed al. 1979, su cui vedi FEIGL 1980 e HEMPEL 1989.

⁷⁹ Sull'unità della scienza VOLPI 2010, 497 ss.

⁸⁰ Per la ricostruzione di questa teoria vedi KORDIG 1970, 448 ss.

al pari delle scienze sociali, fallibilista e retorica e svela il fondamento metafisico della sua certezza. Il mutamento di paradigma nella filosofia analitica della scienza non porta lontano dai presupposti epistemologici della fisica quantistica applicati al diritto⁸¹.

Ma – e qui il *verso* della relazione fisica-diritto è opposto rispetto a quello accolto nella proposta epistemologica di Bin⁸² – se anche le scienze naturali sono oggi configurabili come una *pratica* sociale guidata da regole, nella teoria del diritto post-positivistica 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 le altre pratiche sociali normative (giuridiche), esige l'individuazione di criteri per giustificare azioni e decisioni⁸³. Dal diritto sono

⁸¹ 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» (BIN 2013, 19-20).

⁸² 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, ma ammette che per il pensiero giuridico ciò non è nulla di nuovo, almeno dopo la lezione di Perelman e dell'ermeneutica giuridica (BIN 2013, 25 ss.).

⁸³ Sulla concezione post-positivistica dei rapporti tra scienze naturali e scienza giuridica non può che rinviarsi alla riflessione di VILLA 1984; 1999, 90 ss.; 2005, 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

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 scientifici⁸⁴. 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 costituzionali⁸⁵.

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. Il programma neopositiv-

metodologico che connota l'immagine della scienza contemporanea cfr. LICCI 2004, 87-90. Già LYOTARD 2006, 118 notava che lo sviluppo postmoderno della pratica scientifica esige regole, che sono enunciati prescrittivi e non descrittivi.

⁸⁴ Per tutti nella scienza giuridica italiana ORSI BATTAGLINI 1991, 465.

⁸⁵ TOULMIN 1972, 257.

vista si è ormai esaurito con l'affermarsi di una concezione retorica o pragmatica o decisamente ermeneutica dei fondamenti della scienza.

Ma allora tornare dalla fisica quantistica – le cui premesse di teoria della conoscenza risentono a loro volta 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 nel dilemma “È 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 ammette la filosofia contemporanea è che nei saperi è in atto una convergenza complessa⁸⁶: si ricerca la possibilità di una prospettiva unitaria ovvero una nuova alleanza tra scienze della natura e scienze dello spirito⁸⁷ in forza della comune matrice costruzionistica, 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.

⁸⁶ D'AGOSTINI 1997, 74.

⁸⁷ GALLINO 1993.

6. *La teoria discorsiva dell'interpretazione giuridica e il mondo delle probabilità*

Se anche si riuscisse a dimostrare che la metafora “fisicista” applicata al diritto è epistemologicamente sostenibile, attingendo all’antico sogno dell’unità della scienza, 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 e di Bohr, non è un mondo deterministico, «è un mondo di possibilità e di potenzialità, piuttosto che un mondo di cose o di fatti»⁸⁸. Dipinge un’immagine decostruita dell’interpretazione giuridica, di cui l’entropia è rappresentativa⁸⁹.

Resta da verificarne la forza come autonoma *dottrina* dell’interpretazione. Nel saggio di Bin, l’argine allo scetti-

⁸⁸ BIN 2013, 19-20.

⁸⁹ BIN 2013, 12.

cismo, 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 diritto⁹⁰. La via d'uscita che ci propone la teoria quantistica è di non insistere nell'esame della singola decisione⁹¹. La decisione è controllabile rispetto allo sciame dei precedenti⁹², 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 probabilità⁹³.

Il punto è l'autonomia concettuale dell'approccio quantistico all'interpretazione giuridica rispetto all'interpretazione ermeneutico-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 immanente anche alla teoria discorsiva del diritto.

Con *ordine*, la teoria discorsiva dell'interpretazione – e questa è la parte meno interessante – recupera la dimensione relazionale propria della funzione *pratica* dell'interpretazione giuridica⁹⁴. 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 fatti-

⁹⁰ BIN 2013, 76-77.

⁹¹ BIN 2013, 104.

⁹² BIN 2013, 12.

⁹³ BIN 2013, 31-33 e 69-72.

⁹⁴ Questa la prospettiva in cui si muovono BONGIOVANNI 2000, 153 ss.; CAVINO 2004.

specie 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 pubblica⁹⁵, 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»⁹⁶. 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 argomentazione⁹⁷.

Anche la teoria dell'argomentazione di Perelman e Olbrechts-Tyteca considera la selezione preliminare dei dati, 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 precedente⁹⁸.

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 nomo-

⁹⁵ Sulla distinzione tra uditorio particolare e universale, fondata sulla dicotomia *persuasione/convinzione*, cfr. PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2001, 30 ss.

⁹⁶ ALEXI 1997, 107.

⁹⁷ Sull'immedesimazione tra interpretazione e argomentazione CAVINO 2004, 204. Più in generale, sulla visione della teoria dell'interpretazione come teoria dell'argomentazione DWORKIN 1989; ALEXI 1993, 165 ss.; 1998.

⁹⁸ PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2001, 122 ss. e 230 ss.

logico-deduttivo, ma il pensiero problematico che procede per tentativi⁹⁹.

Ricerca la verità probabile attraverso la persuasione (o il convincimento basato su ragioni) dell'uditorio 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*. L'uditorio, a propria volta, condiziona la scelta degli argomenti¹⁰⁰: la teoria dell'argomentazione riesce, così, anche a dare conto delle differenti decisioni, didascalico-pedagogiche ovvero di minuta soluzione del caso concreto, in funzione del contesto¹⁰¹. La retorica sostituisce la logica, l'argomentazione prende il posto della verifica e il contraddittorio diviene strumento della ricerca dialettica, fino a divenire *regula iuris*, cioè uno di quei principi di una logica del senso comune¹⁰².

La teoria argomentativa ammette, dunque, le possibilità dell'interpretazione, recuperando all'interpretazione il pluralismo delle teorie scettiche¹⁰³ e riconoscendo il potere di decisione (immanente al ragionamento dialettico) di cui dispone l'interprete del diritto¹⁰⁴, 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

⁹⁹ VIEHWEG 1962, 34.

¹⁰⁰ PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2001, 518 ss.

¹⁰¹ BIN 2013, 83-85 oppone le sentenze dottrinali, tipiche dei giudizi costituzionali su conflitti tra poteri, alle sentenze pragmatiche, che nascono, nei giudizi incidentali, dal colloquio tra i giudici.

¹⁰² GIULIANI 1966; GIULIANI 1972, 106; GIULIANI 1979, XIII ss. Sul punto CERVATI 2009, 214 ss.

¹⁰³ Sull'immanenza del pluralismo all'argomentazione giuridica cfr. BARBERIS 2006, 1 ss.

¹⁰⁴ Conferisce alla dottrina dell'argomentazione una connotazione apertamente anticognitivistica e decisionistica FERRAJOLI 2004, 59, n. 49.

e, conseguentemente, nella giustificazione e motivazione delle conclusioni¹⁰⁵. Non trascura così neppure quelle esigenze di certezza del diritto propagate dalle *dottrine* cognitive ed argina la “disintegrazione dell’interpretazione”¹⁰⁶.

Nel confronto tra argomenti è ineliminabile la discrezionalità e creatività e, dunque, la politicità della decisione. Se non vi è una verità da rivelare 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 nomodinamica ha dato i suoi frutti.

La teoria discorsiva dell’interpretazione svela che quanti partecipano al circolo ermeneutico esercitano un potere e, quindi, assumono una responsabilità¹⁰⁷.

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* Waldron¹⁰⁸. L’equilibrio tra *ratio* e *voluntas*, su cui – come sottolinea Bin¹⁰⁹ – il sistema si regge, rischia di rompersi.

¹⁰⁵ Sul processo di argomentazione come processo di giustificazione delle decisioni giudiziali secondo i criteri logici di *consistency* e *coherence* cfr. MACCORMICK 2001, 15 ss.

¹⁰⁶ ZAGREBELSKY 1992, 201.

¹⁰⁷ Non a caso la responsabilità dei giudici è uno dei motivi conduttori degli studi dei teorici dell’argomentazione, tra cui cfr., in particolare, GIULIANI, PICARDI 1995.

¹⁰⁸ WALDRON 2001. Sui termini dell’opposizione costituzionalismo giuridico vs costituzionalismo politico GOLDONI 2010, 337 ss.

¹⁰⁹ BIN 2013, 97.

Ma su questo le leggi della fisica e degli oggetti fisici 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 irrazionalistico¹¹⁰. La proposta "fisicalista" di Roberto Bin viola allora il rasoio di Ockham: perché postulare premesse fisiche per spiegare il fenomeno giuridico se gli stessi fatti possono essere già spiegati con il *discorso* interno al diritto e, soprattutto, perché mutuare il metodo interpretativo dalla fisica quando gli stessi fisici costruiscono *discorsivamente* le proprie teorie?

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.

L'alternativa potrebbe essere quella di fermare la ruota: ovvero tentare di ritornare dal soggetto all'oggetto, dall'ermeneutica all'ontologia e di edificare una teoria *documentale* delle fonti, che recuperi l'ontologia del testo vs l'epistemologia del soggetto. Lì la connessione *realistica* tra oggetti fisici e oggetti sociali potrebbe riaprire la partita per il "fisicalismo". Ma qui siamo fuori dalla proposta teorica di Bin.

¹¹⁰ PINELLI 2004, 1677 ss.

Riferimenti bibliografici

- ALEX Y R. 1993. *Legal Argumentation as Rational Discourse*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2, 1993, 165-178.
- ALEX Y R. 1997. *Giustizia come correttezza*, in «Ragion pratica», 9, 1997, 103-113. Tr. di B. Celano.
- ALEX Y R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano. Tr. di M. La Torre.
- ARTOSI A. 2006. *Hans Kelsen e la cultura scientifica del suo tempo*, Gedit, Bologna.
- BARBERIS M. 2006. *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in «Etica & Politica», 2006, 1-21.
- BETTI E. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano.
- BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Franco Angeli, Milano.
- BODEI R. 2009. *La vita delle cose*, Laterza, Roma-Bari.
- BONGIOVANNI G. 1998. *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano.
- BONGIOVANNI G. 2000. *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Clueb, Bologna.
- CARDONE A. 2007. *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Giuffrè, Milano.
- CAVALLO R. 2008. *La lotta contro il formalismo giuridico nella Dottrina dello Stato di Weimar*, Bonanno, Roma.
- CAVINO M. 2004. *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- CERVATI A.A. 2009. *Alessandro Giuliani, il linguaggio giuridico, la storia e il diritto costituzionale*, in ID., *Per uno*

- studio comparativo del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 214 ss.
- COTTONE F. 2007. *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2007, 91-113.
- D'AGOSTINI F. 1997. *Analitici e continentali. Guida alla filosofia degli ultimi trent'anni*, Raffaello Cortina, Milano.
- DI DONATO F. 2010. *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, il Mulino, Bologna.
- DI DONATO F. 2011. *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, in «Quaderni costituzionali», 4, 2011, 895-926.
- DWORKIN R. 1983. *Non c'è soluzione corretta?*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XIII, 2, 1983, 469-501. Tr. it. di R. Guastini da *Non Right Answer?*, in «New York University Law Review», 1978.
- DWORKIN R. 1989. *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano. Tr. it. di L. Caracciolo di San Vito da *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.
- FEIGL H. 1980. *Il Circolo di Vienna e l'avvenire dell'empirismo logico*, Armando, Roma.
- FERRARIS M. 2007. Sans Papier. *Ontologia dell'attualità*, Castelveccchi, Roma.
- FERRARIS M. 2010. *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRARIS M. 2014. *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI L. 2004. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- FEYNMAN R.P. 2000. *Sei pezzi facili*, Adelphi, Milano.
- GALGANO F. 2010. *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna.

- GALLINO L. 1992. *L'incerta alleanza. Modelli di relazioni tra scienze umane e scienze naturali*, Einaudi, Torino.
- GAVAZZI G. 1957. *L'interpretazione giuridica di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 34, 1957, 217-229.
- GIULIANI A. 1966. *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali, XXXIX, Pavia.
- GIULIANI A. 1972. *Il campo dell'argomentazione. Su di un recente volume di Chaïm Perelman*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1972, 106 ss.
- GIULIANI A. 1979. *Presentazione*, in PERELMAN C., *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, Milano. Trad. di G. Crifò.
- GIULIANI A., PICARDI N. 1995. *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano.
- GOLDONI M. 2010. *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in «Diritto&Questioni pubbliche», 10, 2010, 337-360.
- GREENE B. 2012. *La realtà nascosta. Universi paralleli e leggi profonde del cosmo*, Einaudi, Torino.
- HABERMAS J. 1996. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini Associati, Milano. Tr. di L. Ceppa da *Faktizität und Geltung*, 1992.
- HAHN H., NEURATH O., CARNAP R. 1979. *La concezione scientifica del mondo. Il Circolo di Vienna*, Laterza, Roma-Bari. Tr. di A. Pasquinelli da *Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis*, Wien, 1929.
- HEISENBERG W.K. 2008. *Fisica e filosofia*, Il Saggiatore, Milano. Tr. di G. Gnoli da *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science*, 1958.
- HEMPEL C.G. 1989. *Oltre il positivismo logico. Saggi e ricordi*, Armando, Roma. Tr. di G. Rigamonti.
- HUSSERL E., 1994. *La filosofia come scienza rigorosa*, Laterza, Roma-Bari. Tr. di C. Sinigaglia.

- JÖCKEL W., 1930. *Hans Kelsen's rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichsten Ergebnisse*, Tübingen, Mohr.
- KELSEN H. 1919. *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vahingers Philosophie des Als-Ob*, in «Annalen der Philosophie», I, 1919, 630 ss.
- KELSEN H. 1939-40. *Causality and Retribution*, in «Erkenntnis. The Journal of Unified Science», 1939-40, 424 ss.
- KELSEN H. 1941. *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, Chicago, 1941.
- KELSEN H. 1952a. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino. Tr. it. di R. Treves da *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934.
- KELSEN H. 1952b. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Comunità, Milano. Tr. it. di S. Cotta e G. Treves da *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945.
- KELSEN H. 1966. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino. Tr. it. di M. Losano da *Reine Rechtslehre*, 1960.
- KELSEN H. 1981a. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano. Tr. it. di C. Geraci da *Le garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in «Annuaire Inst. Intern. Dir. Publ.», 1929.
- KELSEN H. 1981b. *Chi dev'essere il custode della Costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Tr. it. di C. Geraci da *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», 6, 1931.
- KELSEN H. 1982a. *IV La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato, V Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, Giuffrè, Milano. Tr. it. di C. Geraci da *IV. Die Lehre voden der drei Gewalten oder Funktionen des Staates, 1923-4 e V. Justiz und Verwaltung*, 1929.
- KELSEN H. 1982b. *Sulla teoria dell'interpretazione*, in ID., *Il primato del Parlamento*, Tr. it. di C. Geraci da *Zur Theorie der Interpretation*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1934.

- KELSEN H. 1985. *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino. Tr. it. di M. Torre ed a cura di M. G. Losano da *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979.
- KORDIG C.R., *The Theory-Ladenness of Observations*, in «Review of Metaphysics», 24, 1970, 448-484.
- LICCI G. 2004. *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in COMANDÈ G., PONZANELLI G. (eds.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 87-90.
- LOSANO M.G. 1981. *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano.
- LYOTARD J.F. 2006. *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano. Tr. di C. Formenti da *La condition postmoderne*, Les Editions de Minuit, Paris, 1979.
- MACCORMICK N.D. 2001. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, Torino. Tr. di A. Schiavello, a cura di V. Villa, da *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978.
- MARCENÒ V. 2009. *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Jovene, Napoli.
- MELNYK A. 2003. *A Physicalist Manifesto: Thoroughly Modern Materialism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MERKL A. 1987. *Il duplice volto del diritto*, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano. Tr. di C. Geraci da *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts*, in «Juristische Blätter», 47, 1918.
- MEZZANOTTE C. 1979. *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Giuffrè, Milano.
- MEZZANOTTE C. 1984. *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma.

- NIETZSCHE F. 1990. *Frammenti Postumi. 1885-1887*, in ID., *Opere complete*, vol. 8/1, a cura di G. Colli e M. Montanari, Adelphi, Milano.
- ORSI BATTAGLINI A. 1991. *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Nigro*, vol. I, Giuffrè, Milano, 441-467.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 2001. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino. Tr. di C. Schik e M. Mayer da *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958.
- PARESC E. 1972. *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, XXII, 1972, 152-238.
- PINELLI C. 2004. *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 1663 ss.
- POGGI F. 2007. *Tra anima e corpo. Il problema degli stati soggettivi nella filosofia della mente contemporanea*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVII, 1, 2007, 161-190.
- PUTNAM H. 1990. *Realism with a Human Face*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- RIGOTTI F. 2007. *Il pensiero delle cose*, Apogeo, Milano.
- ROEHRSEN C. 1979. *Il ritorno dell'ontologia nel costituzionalismo di Weimar*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», I, 2, 1979, 491 ss.
- RORTY R. 1986. *Conseguenze del pragmatismo*, Feltrinelli, Milano. Tr. di F. Elefante da *Consequences of Pragmatism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1982.
- ROSS. A. 1958. *On Law and Justice*, Stevens, London.
- SORDI B. 1989. *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 18, 1989, 643-667.
- SPARTI D. 2010. *Epistemologia delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna.

- TOULMIN S. 1972. *Human Understanding. Vol. 1. General Introduction and Part One*, Clarendon Press, Oxford.
- TRIBE L.H. 1971. *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in «Harvard Law Review», 84, 1971, 1329-1393.
- TRIBE L.H. 2008. *The invisible Constitution*, Oxford University Press, New York.
- TROPER M. 1998. *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli. Trad. di A. Carrino da *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Puf, Paris, 1994.
- TROPER M. 2006. *La liberté de l'interprète*, in DARCY G., LABROT V., DOAT M. (eds.), *L'office du juge*, imprimé par le Sénat, Paris.
- TROPER M. 2010. *Prefazione. La storia delle istituzioni e la teoria del diritto*, in DI DONATO 2010.
- VATTIMO G. 1994. *Oltre l'interpretazione*, Laterza, Roma-Bari.
- VIEHWEG T. 1962. *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano. Tr. di G. Crifò da *Topik und Jurisprudenz*, 1953.
- VILLA V. 1984. *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Giuffrè, Milano.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino.
- VILLA V. 2005. *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in «Diritto&Questioni pubbliche», 5, 2005, 31-41.
- VOLPE G. 1977. *L'ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- VOLPE G. 2000. *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.
- VOLPI F. 2010. *Dall'empirismo al realismo. Metodo scientifico ed economia nella seconda metà del '900*, in «Economia politica», XXVII, 3, 2010, 497-536.
- WALDRON J. 2001. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè Milano. Tr. it. di A. Pintore da *The dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino.