OMAR CHESSA

# *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*

ABSTRACT

The article aims to discuss Roberto Bin's book, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*. In particular it will show that Bin's criticism against the "materialistic ontology" is not different from a criticism against the "sources thesis". Furthermore it will explain why, contrary to Bin's opinion, the Dwokinian Hercules is not like Laplace's Demon and why constitutional interpretation sometimes has to rest on a moral point of view. Finally, moving from fruitful insights of Bin's book, the essay will try to solve the "counter-majoritarian difficulty" of judicial review of legislation.

Lo scopo di questo saggio è discutere alcune tesi illustrate nel libro di Roberto Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*. In particolare si cercherà di mostrare come la critica che Bin muove contro quella che definisce l'"ontologia materialistica" si risolva nella critica alla giuspositivistica *"sources thesis"*, ossia "tesi delle fonti". Inoltre si spiegherà perché, contrariamente a ciò che è sostenuto da Bin, l'Ercole dworkiniano non è simile al Demone di Laplace e perché l'interpretazione giuridica (e costituzionale, in particolare) debba presupporre un atteggiamento di cognitivismo etico, coerentemente col dworkiniano *"moral reading of the constitution"* (e con la *"right answer thesis"*). Infine, sviluppando spunti fecondi del libro di Bin, si abbozzerà una risposta alla "difficoltà contromaggioritaria" che affligge il sindacato giudiziale di costituzionalità delle leggi.

KEYWORDS

theory of legal interpretation; sources thesis; Dworkinian Hercules; moral reading of the constitution; counter-majoritarian difficulty

teoria dell'interpretazione giuridica; tesi delle fonti; Ercole dworkiniano; interpretazione costituzionale moralmente orientata; difficoltà contromaggioritaria

© 2014, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.

Tutti i diritti sono riservati.

OMAR CHESSA*

# *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*

1. *Premessa: la "tesi delle fonti"* – 2. *La critica dell'"ontologia materialistica"* – 3. *Ercole e il cognitivismo etico* – 4. *Discrezionalità giudiziale e "difficoltà contromaggioritaria".*

## 1. *Premessa: la "tesi delle fonti"*

1.1. I giuristi positivi raramente dichiarano di riconoscersi in un concetto generale di "diritto". Di solito fanno il loro mestiere senza vincolarsi preliminarmente a definizioni teoriche impegnative. Operano *col* diritto, ma non si preoccupano troppo di chiedersi cosa sia, nella sua essenza profonda, *il* diritto. Ciò non deve stupirci. Spesso trattiamo con grande dimestichezza oggetti dei quali non sapremmo offrire una nozione: ad esempio usiamo il linguaggio, o *un* linguaggio, ma di fronte alla richiesta di definirne il concetto generale probabilmente ci defileremmo o balbetteremmo parole confuse. Eppure, nonostante questi disimpegni concettuali e deficit cognitivi, *anything*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Sassari. E-mail: omchessa@tin.it.

*goes*, si vive bene lo stesso, ci s'intende e si è comunque in grado di realizzare qualcosa di sensato e utile con gli oggetti di cui non sapremmo definire l'essenza e l'origine.

Posto che i giuristi positivi non si occupano *teoricamente* del diritto in sé, ma solo maneggiano *praticamente* le fonti del diritto, siamo sicuri però che tutto il discorso giuridico pratico sulle fonti non presupponga, anche se in modo solo irriflesso, una teoria generale del diritto? A ben vedere, tutti i giuristi positivi sembrano condividere implicitamente quella che in ambiente anglosassone è chiamata *sources thesis*[1]. La *sources thesis*, letteralmente la "tesi delle fonti", non è una teoria su come ordinare a sistema le fonti di questo o quell'ordinamento giuridico particolare: è, invece, una teoria generale sull'essenza concettuale di ciò che denominiamo con la parola "diritto"; una teoria che pretende di valere a ogni latitudine e longitudine.

L'assunto basilare della *sources thesis* è l'idea che il diritto non sia altro che un insieme di fatti sociali obiettivi, ossia di *sources*, fonti obiettivamente riconosciute come idonee a produrre diritto[2]. Tra queste *sources* avrebbero un rilievo preponderante – perlomeno nei complessi ordinamenti contemporanei – quei fatti sociali consistenti di atti, ossia di documenti normativi redatti e deliberati dagli organi cui l'ordinamento riconosce competenze normative. Non c'è dubbio, infatti, che pure gli atti siano fatti, ossia eventi (umani) collocati nel tempo e nello spazio.

[1] Faccio riferimento in modo particolare all'impostazione seguita da RAZ 1979, 37 ss., spec. 47.

[2] Per usare l'icastica definizione di RAZ 1979, 47, «the sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identifies its content». Questa "sources thesis" è altresì chiamata – sempre dallo stesso RAZ 1979, 37 – "social thesis", perché «what is law and what is not is a matter of social fact».

1.2. La *sources thesis* è il nucleo comune a tutti gli approcci giuspositivistici, sia di quelli risalenti nel tempo che di quelli contemporanei (post-kelseniani e post-hartiani). Del resto, per dirlo con le parole di Joseph Raz, «the name 'positivism' […] indicates the view that the law is posited, is made law by the activities of human beings»[3].

Potrebbe obiettarsi che per Kelsen e Hart, due campioni del giuspositivismo novecentesco, le fonti, cioè i fatti sociali obiettivi di cui il diritto consisterebbe, non lo esaurirebbero, perché comunque occorrerebbero delle regole *sulle* fonti per il cui tramite individuare quali fatti sociali sono costitutivi del diritto e quali no. Sennonché, tali regole sulle fonti sarebbero pur sempre, a loro volta, incorporate in atti-fonte (ad esempio, una costituzione scritta, che è a sua volta un evento localizzato storicamente e spazialmente) ovvero effettivamente praticate dai giudici nella quotidiana opera di individuazione del diritto valido: in entrambi i casi sarebbe, perciò, confermato l'assunto basilare del positivismo giuridico (teorico) secondo cui «what is law and what is not is a matter of social fact»[4]. A maggior ragione quest'assunto è confermato in quelle teorie

[3] RAZ 1979, 38. Non diversa è la definizione che può ricavarsi da SCARPELLI 1965, 33: «il positivismo giuridico è quell'indirizzo della cultura giuridica in cui si dà del diritto la definizione volontaristica e avalutativa, che ne fa un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibili, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia». Come si vede, è una posizione sostanzialmente riconducibile agli assunti della *sources thesis*, sebbene annoveri tra i fatti sociali riconoscibili come normativi soltanto gli "atti" e non anche i "fatti" propriamente intesi (cioè gli usi e le consuetudini).

[4] Peraltro neppure la teoria kelseniana della *Grundnorm*, che rappresenta l'estremo tentativo teorico di negare la riduzione del diritto alla sola dimensione della fattualità, riesce a liberarsi dall'abbraccio soffocante con la nozione di effettività, come cerco di illustrare in CHESSA 2010.

secondo cui la forza normativa delle fonti non sarebbe *estrinseca*, poiché derivante da regole sulla produzione, ma *intrinseca*, cioè posseduta dalla fonte stessa a titolo originario[5].

1.3. Il diritto è, quindi, un insieme di fatti sociali obiettivi, ossia di *sources*, di fonti oggettivamente ed effettivamente riconosciute come idonee a produrre diritto. Perciò c'è diritto quando i fatti sociali che possono operare come fonti normative sono effettivamente identificati e applicati secondo criteri condivisi di riconoscimento. L'*effettività* del diritto, cioè la sua appartenenza al mondo degli eventi reali, empiricamente osservabili, è causalmente legata al suo *riconoscimento*: non può appartenere al diritto effettivo un fatto sociale che non sia diffusamente riconosciuto come fonte normativa[6].

[5] Sostenere che la forza normativa di una fonte è *intrinseca* equivale a rifiutare il gradualismo, ossia l'idea che una fonte tragga la propria forza normativa da un'altra fonte ovvero da regole di riconoscimento. Senza dubbio può leggersi in questo senso la dottrina di Carlo Esposito (formulata in diverse opere: ESPOSITO 1934, 57 ss.; ESPOSITO 1961a, 456 ss., spec. 464-466; ESPOSITO 1961b), secondo cui «deve essere ripudiata la tesi che le disposizioni sulla produzione del diritto siano creative dell'efficacia normativa degli atti e dei comportamenti umani (sicché gli uni e gli altri avrebbero tanta forza creatrice quanta ne sia conferita da quelle disposizioni, ed in mancanza sarebbero prive di ogni forza creatrice del diritto)». A giudizio di Esposito tale «concezione è in contrasto con la verità di ragione o logica che, ove si voglia riportare la forza e l'efficacia degli atti e dei comportamenti produttivi del diritto alle disposizioni sulla produzione del diritto, bisogna attribuire a queste disposizioni ed agli atti con cui esse siano state poste in essere una propria e non derivata forza normativa». Se ne deve perciò concludere che è «unica e identica […] la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa, e cioè l'attitudine degli uomini a creare, come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione».

[6] Anche se talvolta può accadere che fonti diffusamente riconosciute

Insomma, è un dato di fatto che c'è *qualcosa* che si produce e applica, e che pertanto riconosciamo, come diritto. Né più né meno come c'è *qualcosa* che riconosciamo come montagne, boschi, elettrodomestici, denaro, università, parlamenti, ecc. A queste parole corrispondono dei fatti: a volte sono fatti bruti, fisici, a volte sono fatti sociali.

## 2. *La critica dell'"ontologia materialistica"*

2.1. Nel suo ultimo libro, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Roberto Bin sembra voglia contestare gli assunti della *sources thesis*. Per la verità Bin non critica mai direttamente la "tesi delle fonti", ma contesta "l'ontologia materialistica" che la sottende. Difatti,

> «l'ontologia materialistica sembra presupporre che esista un qualcosa, probabilmente un "documento", che forma l'oggetto del lavoro dell'interprete, il quale perciò affronta il suo lavoro in una prospettiva di netta separazione tra "osservatore" e "osservato", attribuendo a quest'ultimo caratteristiche di oggettività che poi si riflettono sulla stessa costruzione dell'interpretazione e della motivazione della decisione, legittimandole»[7].

Perciò l'"ontologia materialistica" poggerebbe sulla «premessa epistemologica» della «netta separazione tra l'oggetto

tra quelle idonee a produrre diritto, non ricevano applicazione; oppure che talvolta siano applicate fonti che non sono annoverabili tra quelle diffusamente riconosciute come idonee a porre diritto: in entrambi i casi ci troviamo evidentemente di fronte a patologie del sistema, per le quali lo stesso sistema appresta dei rimedi.

[7] BIN 2013, 12.

e il soggetto dell'interpretazione/applicazione del diritto», cioè sull'idea che «esista un "dato giuridico" che deve essere interpretato e applicato dall'interprete ad un caso concreto» e che l'interprete sia «un osservatore esterno, staccato sia dal "dato giuridico" che dai fatti che costituiscono il caso a cui quel dato va applicato». Quest'approccio metodologico sarebbe – sempre a giudizio di Bin – analogo all'«approccio newtoniano, in cui il mondo è rappresentato come una realtà staccata dallo scienziato, che lo osserva e cerca di scoprirne le leggi di funzionamento»[8].

A quest'approccio newtoniano apparterrebbe anche la teoria dworkiniana del giudice Ercole, poiché essa muoverebbe dalla «premessa […] che esista un "mondo giuridico", fatto di leggi in vigore, teorie della giustizia, precedenti giudiziari, principi morali e altro ancora; e che questo mondo sia concepibile come una realtà staccata dall'interprete»[9]. Se «il mondo giuridico è una realtà oggettiva che è possibile esaminare e di cui è possibile scoprire i più segreti significati», allora è lecito affermare che «la sfida di Dworkin è la stessa che aveva coltivato Newton: riuscire a sviluppare strumenti di conoscenza così acuminati da permettere di svelare ogni cosa nella natura – o, per il giudice Ercole, nel sistema giuridico»[10]. Ma se invece prendessimo le mosse dalle "premesse teoriche della fisica quantistica" e le applicassimo anche al campo della teoria giuridica – ed è questo il suggerimento di Bin – dovremmo spedire in soffitta sia Newton che Dworkin[11].

[8] Tutti i virgolettati sono di BIN 2013, 15, 16.

[9] BIN 2013, 17.

[10] BIN 2013, 17.

[11] Le premesse teoriche della fisica quantistica, che Bin prende a modello, sono: *a)* l'idea che «l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato», con la conseguenza che l'interprete dei documenti normativi

2.2. Mi sembra che la critica che Bin rivolge all'"ontologia materialistica" applicata alle fonti del diritto sia, nella sostanza, identica all'argomento dworkiniano del *semantic sting*[12].

È noto che Ronald Dworkin ha contestato la tesi giuspositivistica della fattualità del diritto: il linguaggio e il comportamento dei giudici spesso dimostrano che non sempre si muove dalla premessa che il diritto sia un dato obiettivo che tutti riconoscono allo stesso modo. E quando si vuole ricercare ossessivamente nel mondo dei fatti osservabili una qualche realtà obiettiva che corrisponda al significato della parola "diritto", allora per Dworkin si è sotto l'influsso di un "assillo semantico": un assillo che spinge le persone a trattare la parola "diritto" come se indicasse una realtà di fatti sociali oggettivamente riconoscibili.

Ovviamente, anche per Dworkin – e, immagino, pure per Bin – esiste una "prassi giuridica" della quale sono partecipi

sarebbe necessariamente condizionato dal contesto nel quale opera; *b)* l'idea che «tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi», da cui «consegue che la non-univocità e non-oggettività dell'interpretazione giuridica possono essere considerati come un dato strutturale, una caratteristica ineliminabile del sistema»: e se «interpretazioni diverse possono coesistere», allora «nessuna può pretendere di essere oggettivamente vera» e «il risultato dell'interpretazione di una norma può essere predetto soltanto su base statistica, valutando l'insieme delle interpretazioni date»; *c)* l'idea che «l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare», cosicché «l'oggetto dell'interpretazione non è una realtà, un dato pienamente "oggettivo", perché l'interprete sceglie l'"oggetto" da interpretare e applicare»; *d)* e infine l'idea che «ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile», perché ogni atto d'interpretazione «produce a sua volta un "dato" (un "precedente") che dovrà essere tenuto in conto dalle decisioni future come possibile oggetto di osservazione».

[12] Che compare per la prima volta in DWORKIN 1986, 48 ss.

più soggetti: giudici, funzionari, politici, giuristi, cittadini, ecc. Tuttavia sembra che Dworkin e Bin vogliano suggerirci che è impossibile rappresentare la fisionomia di questa pratica in termini oggettivi e incontroversi, cioè in un modo che metta d'accordo tutti i partecipanti; ed infatti è ben possibile che ciascuno di essi se la figuri in modo diverso:

> «le teorie interpretative elaborate da ciascun giudice – scrive Dworkin – si fondano sulle sue convinzioni personali riguardo la "finalità" – l'intenzione, il fine o il principio giustificatore – della prassi giuridica nel suo insieme, e queste convinzioni saranno inevitabilmente diverse da quelle di altri giudici, *quanto meno nei dettagli*» (corsivo mio)[13].

Ognuno, dunque, interpreta a modo suo il senso complessivo della prassi cui partecipa, con esiti diversi da interprete a interprete, "*quanto meno nei dettagli*". Quest'inciso finale, però, sembra far rientrare dalla finestra quello che è uscito dalla porta. Segnala infatti che è ben possibile che le divergenze interpretative riguardo al senso complessivo della pratica giuridica siano, tutto sommato, di poco conto, perché relative a profili marginali e non ad aspetti essenziali. Del resto, non si può escludere che così come può verificarsi il caso del disaccordo interpretativo, può anche verificarsi il caso opposto dell'accordo interpretativo, *perlomeno negli aspetti essenziali*. Le persone a volte vanno d'accordo e condividono la medesima visione e a volte, invece, divergono e palesano idee incompatibili. Lo stesso Dworkin osserva che, nonostante le differenze interpretative,

> «una grande varietà di forze attenua queste differenze e cospira in favore dell'accordo. *Ogni comunità possiede*

[13] DWORKIN 1986, 86 s.

> *determinati paradigmi giuridici, proposizioni che, nella pratica, nessuno può sfidare senza dare l'impressione di assumere un atteggiamento corruttore o ignorante*. Un giudice americano o inglese che neghi che il codice stradale è parte integrante del diritto, rischia di perdere l'incarico, e questo pericolo scoraggia le interpretazioni radicali» (corsivo mio)[14].

Ora, se ci sono "paradigmi giuridici" che non si possono mettere in discussione "senza dare l'impressione di assumere un atteggiamento corruttore o ignorante", significa che c'è un limite, un argine interno alla forza centrifuga delle interpretazioni e che *qualcosa* è sottratto al dubbio e alla discussione serrata su ciò che è o, *rectius*, che dovrebbe essere diritto. Ad esempio, Dworkin lascia intendere che per un giudice americano sarebbe assai rischioso negare che il codice stradale sia una fonte di norme giuridiche vincolanti, quale che sia poi il disaccordo circa la costruzione interpretativa dei suoi contenuti. Ma l'esempio potrebbe essere riferito pure al nostro ordinamento: quale giudice italiano, infatti, metterebbe in discussione che la legge ordinaria del Parlamento o le leggi regionali siano fonti del diritto? Quale contesterebbe che lo sia un decreto legislativo? Al limite può dubitare che *questa* o *quella* legge (o decreto) siano conformi alle norme costituzionali che ne disciplinano la formazione, ma non dubiterebbe mai che *quel tipo di fonte* sia "ground of law".

Insomma, dentro una qualsiasi pratica giuridica c'è un nucleo duro di fatti sociali obiettivi che tutti i partecipanti registrano e descrivono allo stesso modo e che *riconoscono*, appunto, come elemento essenziale della loro pratica. E si riconosce solo qualcosa che c'è: l'atto del riconoscere consiste di giudizi articolati in proposizioni che pretendono di

[14] DWORKIN 1986, 87.

descrivere, in modo adeguato e corrispondente, una verità obiettiva esterna. *Adaequatio rei et intellectus*.

2.3. D'altronde, la domanda dell'attore che avvia il processo giurisdizionale identifica una disposizione come fonte pertinente al riconoscimento della pretesa vantata in giudizio: una disposizione che è contenuta in un atto normativo adottato da un certo organo secondo un certo procedimento. L'attore si richiama, dunque, a un "fatto sociale". È vero che il giudice può ritenere che la disposizione (e la fonte) invocata in giudizio non sia esistente – perché nessun atto normativo vigente la contempla – o non sia pertinente al caso: in tal caso o dichiarerà infondata la domanda dell'attore o richiamerà in alternativa altre disposizioni e fonti come fondamento della sua decisione. Tutto questo conferma "il superamento di una ontologia materialistica (che fa della legge un oggetto fisico staccato dalla interpretazione e dal suo autore)"?

A ben vedere, no, perché la discussione verte su quale disposizione o fonte debba trovare applicazione: se questa o quella ovvero nessuna. È, quindi, una discussione su quali siano i fatti sociali costitutivi delle norme da applicare al caso. E di questi fatti sociali si afferma o contesta l'esistenza. È certamente forte la tentazione – cui Bin sembra voglia cedere – di fare proprio il detto di Nietzsche secondo cui "non esistono fatti ma solo interpretazioni". Ma in questo modo si sta ancora una volta riproponendo la tesi dworkiniana del diritto come "concetto interpretativo", in contrapposizione al "positivismo meramente fattuale".

2.4. In realtà, il dilemma se il diritto sia un fatto sociale obiettivo o un concetto interpretativo riposa su un'alternativa mal posta.

Da un lato, a fronte del disaccordo interpretativo profondo che spesso divide i giuristi circa la verità delle pro-

posizioni giuridiche e il senso e gli scopi della pratica giuridica cui partecipano, è difficile identificare il diritto con un fatto sociale obiettivo, dalla fisionomia incontroversa e, perciò, riconoscibile e riconosciuta da tutti allo stesso modo. Dall'altro lato, neppure è totalmente soddisfacente la tesi che il diritto sia (solo) "interpretazione".

Infatti, la sentenza di Nietzsche "non esistono fatti ma solo interpretazioni", non spiega di cosa le interpretazioni siano interpretazioni. Sicuramente sarebbe un tentativo a buon mercato provare a liberarsi da questa difficoltà sostenendo che le interpretazioni sono interpretazioni di altre interpretazioni: nel momento in cui l'interpretazione è riguardata come "oggetto", e non solo come esito dell'interpretazione, è comunque un dato, che pur nella sua fisionomia incerta sta *là fuori*, in una posizione di relativa indipendenza dal soggetto interpretante. È pur sempre, quindi, un testo che l'interprete non produce, ma riceve; e che riceve perché egli stesso, insieme ad altri, riconosce come testo pertinente. Quand'anche definito come "interpretazione", il diritto non può fare a meno dei testi: costituzioni, leggi, decreti, sentenze. E questi testi sono indubbiamente dei fatti sociali, perché si accompagnano sempre a pratiche collettive di riconoscimento e, quindi, a miriadi di altri fatti sociali presupposti[15].

[15] Ovviamente, tutto questo non mette in discussione quello che scrive GAZZOLO 2014, circa il fatto che l'elaborazione di un significato, sulla base di un significante, equivale a produrre un nuovo significante, e così via. L'interpretazione di un testo è indubbiamente la produzione di un nuovo testo, la cui interpretazione ne determinerà un altro ancora. Mi chiedo, però, se questa idea sia, nella sostanza, diversa dalla raffigurazione gradualistica dell'ordinamento offerta da Hans Kelsen: in particolare, dall'idea che ogni atto di applicazione di una norma sovraordinata è sempre e necessariamente un atto di produzione di una nuova norma, di rango inferiore.

Potrebbe obiettarsi che questi fatti sociali, queste fonti, sono ancora fatti bruti, pre-interpretativi e quindi in sé privi di significato: solo un insieme di "iscrizioni", solo "una serie di lettere e di spazi", meri segni grafici su una pagina bianca. Ma in realtà non è così, perché a quella serie di segni grafici, di linee e di tratti disposti su un foglio e ancora insignificanti, è ascritta una funzione carica di significato: quella di fungere da *costituzione*, da *legge*, da *decreto* o *regolamento*, da *sentenza*, ossia da fonti delle regole della pratica giuridica.

Certo, può succedere che si discuta a fondo se sia prospettabile un sistema delle fonti normative o se sia preferibile impostare il tema secondo una teoria delle norme (in luogo di una teoria delle fonti) ovvero se sia rintracciabile o ricostruibile un quadro unitario e coerente delle molteplici vicende della normazione. E talvolta può essere controverso se un certo fatto sociale sia una fonte del diritto. In particolare: può essere dubbio se questo o quell'atto sia riconducibile a una data tipologia di fatto sociale riconosciuta obiettivamente come fonte; oppure può essere dubbio se quella data tipologia di fonte sia una fonte dell'ordinamento; o, ancora, può essere incerto quali siano gli elementi che precisamente connotano una data tipologia di fonte. Questi disaccordi appartengono al dibattito dogmatico interno a un ordinamento positivo, ma non sconfessano e anzi presuppongono quella che Bin chiama "ontologia materialistica": se discutiamo su quali caratteri abbia o debba avere un certo atto (ossia un fatto sociale) affinché possa essere ricondotto a una data tipologia di atti (ossia di fatti sociali) e se discutiamo quali caratteristiche abbia una data tipologia di atti, stiamo presupponendo che i nostri giudizi debbano essere "adeguati alla cosa".

## 3. *Ercole e il cognitivismo etico*

3.1. Un altro snodo essenziale del libro di Bin è la tesi secondo cui l'Ercole dworkiniano sarebbe simile al Demone di Laplace[16]. Si fa ovviamente riferimento al noto passo dell'*Essai philosophique* di Pierre Simon Laplace, dove si trova l'esperimento mentale di un intelletto sovrumano, di un demone «che ad un determinato istante dovesse conoscere tutte le forze che mettono in moto la natura, e tutte le posizioni di tutti gli oggetti di cui la natura è composta»: orbene, se questo intelletto prodigioso potesse altresì

> «sottoporre questi dati ad analisi, esso racchiuderebbe in un'unica formula i movimenti dei corpi più grandi dell'universo e quelli degli atomi più piccoli; per un tale intelletto nulla sarebbe incerto ed il futuro proprio come il passato sarebbe evidente davanti ai suoi occhi»[17].

In altre parole, per Laplace se un intelletto conoscesse tutte le forze che mettono in moto la natura e tutte le posizioni di tutti gli oggetti di cui la natura è composta, sarebbe anche in grado di calcolare, e quindi prevedere, tutti gli stati di cose futuri. È evidentemente una forma di determinismo, che universalizza il principio causale, perché postula che se fosse perfettamente intelligibile la struttura di tutti gli stati di cose presenti (e passati) e di tutti i fattori causali che in essa operano, sarebbe altresì *determinabile* la struttura di tutti gli stati di cose futuri[18].

[16] BIN 2013, 17 ss.

[17] LAPLACE 1814, 3 (trad. mia).

[18] Definisce così il "determinismo" ABBAGNANO 1998: «1° l'azione condizionante o necessitante di una causa o di un gruppo di cause; 2° la dottrina che riconosce l'*universalità* del principio causale e pertanto

Sennonché questa visione deterministica sarebbe confutata dalla moderna fisica quantistica e in particolare dal "principio di indeterminazione" (scoperto da Werner Karl Heisenberg), secondo cui di una particella elementare non è possibile conoscere nello stesso momento la posizione e la velocità o quantità di moto. Ciò deriverebbe dal fatto che nella fisica subatomica ci sarebbe un'interazione tra soggetto osservatore e oggetto osservato, sicché l'atto soggettivo di osservare non rispecchierebbe semplicemente il dato oggettivo sottoposto a osservazione, ma contribuirebbe a determinarne la fisionomia. A tutto questo deve inoltre aggiungersi il fenomeno dell'entropia, il quale dimostrerebbe come gli stati di cose dipendano assai spesso più dall'irruzione del caos, del disordine, che non dall'operare di fattori causali da cui originerebbero risultati determinabili. Ciò premesso, la domanda è: "Ercole condivide la stessa illusione disperata che coltivava il Demone di Laplace"? "La teoria quantistica ha smentito Laplace e anche l'Ercole di Dworkin"?[19]

3.2. A mio avviso, la risposta è no. La teoria sottesa alla metafora erculea sfugge all'alternativa tra determinismo e in-determinismo. Innanzitutto non è affatto detto che il "principio di indeterminazione" mandi definitivamente in

ammette anche la determinazione necessaria delle azioni umane da parte dei loro motivi». Nel testo si evoca chiaramente la seconda accezione.

[19] Come ritiene BIN 2013, 17 ss. (da cui sono tratti i virgolettati), per il quale «il giudice Ercole sembra essere il "gemello giuridico" del Demone di Laplace», nel senso che «entrambi sono figli della stessa epistemologia». A giudizio di Bin «l'idea che ci possa essere "one right answer" per tutti i casi giuridici difficili equivale alla speranza di "abbracciare nella stessa formula i movimenti dei corpi celesti più grandi dell'universo e quelli degli atomi più piccoli"».

soffitta la metafora del Demone di Laplace[20]. In secondo

[20] Poiché infatti questo Demone non è un uomo, ma un intelletto sovraumano che non esiste in natura, Laplace sembra ammettere di riflesso che gli esseri umani, in quanto distinti dal Demone, non possano conoscere tutte le relazioni causali che legano tra loro tutti i fenomeni di cui la natura è composta: e ciò anche perché la mente umana è parte integrante di questa natura e non può distaccarsene per riguardarla dall'esterno e abbracciarla tutta con un solo sguardo. Per via della nostra condizione di limitatezza, noi uomini sempre guardiamo la natura dall'interno, facendone parte, sicché il nostro sguardo è determinato dalla natura stessa e quello che guardiamo acquista a sua volta fisionomie diverse secondo la prospettiva particolare da cui la osserviamo. La natura determina il nostro sguardo e ne è determinata (Heidegger direbbe che la domanda sull'essere è condizionata dal fatto che l'uomo è un "Esser-ci": vedi HEIDEGGER 1927, *passim*). Tuttavia ne è determinata non perché la natura non abbia un modo di essere che prescinde dal nostro sguardo, ma perché il nostro sguardo non è in grado di restituircene se non una rappresentazione parziale e limitata. Ma resta inteso che se fossimo demoni o intelletti soprannaturali, come quello descritto da Laplace, non sarebbe così: il nostro sguardo non sarebbe determinato dalla natura, né la determinerebbe (nel senso di offrircene una visione imperfetta, perché disturbata dalle nostre imperfezioni). Ebbene, il "principio di indeterminazione" non ci consegna un'idea diversa: c'è indeterminazione, infatti, perché l'osservatore è un uomo. A tale proposito ABBAGNANO 1998, riporta le tesi di PLANCK (1932, 24-25), secondo cui «per poter salvare l'ipotesi del determinismo rigoroso, occorreva pensare ad uno *Spirito ideale*, capace di abbracciare tutti i processi fisici che si svolgono contemporaneamente e quindi di predire con certezza e in tutti i dettagli qualsiasi processo fisico»: il che però implica che «dal punto di vista di un tale spirito, *il principio di indeterminazione, che è dovuto al fatto che l'uomo deve intervenire nei processi naturali per poterli osservare non varrebbe, giacché tale spirito sarebbe per ipotesi indipendente dalla natura* (corsivo mio)». Insomma, il "principio di indeterminazione" muove dal presupposto che gli osservatori siano umani e non pretende certo di valere anche

luogo, se Ercole fosse come il Demone di Laplace saprebbe sempre con certezza, con riferimento a qualsiasi caso, quali norme i giudici *trarranno* dalle disposizioni vigenti. Ma non è questo il senso della teoria dworkiniana: ciò che Ercole sa sempre con certezza è quali norme i giudici *debbano trarre* dalle disposizioni vigenti. E lo sa non solo perché è in grado di rappresentarsi tutti i vincoli logico-sistematici che legano tra loro tutte le disposizioni vigenti, ma anche perché possiede la migliore visione della moralità politica che sta a fondamento dell'ordinamento.

Diversamente dal Demone di Laplace, la dote sovrumana di Ercole non consiste nella capacità di prevedere fatti futuri in base alla perfetta conoscenza dei fatti presenti e di quelli passati: se fosse questa, sarebbe di sicuro appropriato evocare il "principio di indeterminazione", perché non c'è dubbio che conoscere la somma esatta delle decisioni legislative e giudiziali passate non sarebbe comunque sufficiente per predire le decisioni giudiziarie future, visto che si dovrebbe conoscere anche dell'altro: ad esempio, quali forze politiche saranno prevalenti in un dato momento, quali modalità di attuazione dei loro programmi verranno prescelte, quali siano la provenienza sociale, familiare, culturale di ciascun giudice, insieme ai suoi gusti, idiosincrasie, manie, ecc.[21]

nell'ipotesi in cui siano sovraumani. Sicché le teorie di Heisenberg e le ipotesi di Laplace operano, in questo caso, su piani differenti; e ciò che può affermarsi in uno non vale necessariamente come confutazione di ciò che è affermato nell'altro.

[21] Lo stesso deve dirsi, in genere, per la nomodinamica. Ammesso che possa spiegarsi in termini causali, per prevedere come sarà il sistema giuridico futuro non basterebbe conoscere perfettamente il sistema giuridico presente, ma bisognerebbe calare questa conoscenza in quella, altrettanto perfetta, del sistema politico, economico, culturale e sociale

Ma anche possedendo tutte queste informazioni, e avendo la soprannaturale capacità di metterle in relazione logica, comunque non si potrebbe escludere l'irruzione dell'imponderabile, l'infiltrarsi del caos: l'entropia può turbare la base razionale delle previsioni. Non c'è dubbio perciò che «il risultato dell'interpretazione in genere non può essere previsto *con certezza*», perché «quel che si può predire è semmai la *probabilità* di un determinato risultato interpretativo»[22].

Sennonché il compito di Ercole non è quello di prevedere lo stato futuro dell'ordinamento a partire dalla perfetta conoscenza dello stato presente e di quelli passati, bensì di trovare la risposta giusta per ogni caso controverso. Sicché Ercole *non è* come il Demone di Laplace. Infatti ignora i nomi dei legislatori e dei giudici, la loro appartenenza socio-economica, le loro simpatie politiche, preferenze personali, inclinazioni del carattere, patologie, ecc.; ma conosce solo i vincoli sistematici che legano tutte le disposizioni tra loro e possiede la più coerente concezione della moralità politica che regge l'ordinamento nella sua interezza. Ha dunque il completo dominio conoscitivo del mondo delle norme, non dei fatti.

Certo, anche questo è – se vogliamo – una forma di determinismo, perché postula che non debba essere la libertà umana (in questo caso dell'interprete/giudice) il criterio ultimo di scelta della norma per il caso concreto, bensì la libertà umana di scegliere la soluzione migliore sul piano razionale e morale: quindi postula che la libertà e volontà

complessivo. E non è detto che, nonostante tutto, non ci sia l'irruzione entropica del caos a sconvolgere la razionalità della previsione.

[22] Come asserito da BIN 2013, 30, adattando all'interpretazione giuridica il *dictum* di HEISENBERG 1958, 69: «il risultato dell'osservazione non può essere generalmente preveduto con certezza; ciò che può essere preveduto è la probabilità di un certo risultato dell'osservazione».

dell'interprete debba essere guidata da norme, criteri, prescrizioni obiettive, ecc.

Ora, per negare che questi criteri, prescrizioni, norme, ecc., esistano come vincoli obiettivi è sufficiente avere dimostrato l'impossibilità del Demone di Laplace? Il principio di indeterminazione è anche un argomento contro la possibilità di una filosofia morale e politica? In realtà il piano della meccanica quantistica e della filosofia morale e politica (come impresa normativa) sono diversi e quello che può dirsi per uno non necessariamente vale anche per l'altro. Altrimenti bisognerebbe supporre che basti fare il nome di Heisenberg per fare piazza pulita del pensiero di Rawls, Nozick, Strauss, Putnam, Waltzer, Sandel, Habermas, Sen, ecc. (oltre che dello stesso Dworkin): cioè di tutti coloro che hanno ragionato sulle condizioni che rendono giuste le società democratiche contemporanee.

3.3. L'evocazione di Ercole è l'invito a operare come se una qualche risposta corretta sia umanamente attingibile. Tuttavia non può escludersi che non esista qualcosa del genere. Al limite, solo il depositario della risposta giusta – cioè Ercole stesso – saprebbe per certo se una risposta giusta sia mai possibile. Ma in ogni caso noi esseri umani, se vogliamo che il diritto e la pratica giuridica in cui siamo impegnati, abbiano senso, dobbiamo scommettere sulla esistenza di una *right answer*[23].

Mi sembra, invece, assai più impegnativa la posizione teorica che si pretende di trarre dalla metafora quantistica: nega la possibilità di risposte giuste, facendo valere la similitudine coi "quanti", dei quali non può mai determinarsi la posizione con obiettiva precisione. Ma a parte l'uso metaforico di

[23] Diversamente "la ruota dei criceti" di cui parla BIN 2013, 93 ss., smetterebbe di girare...

Heisenberg, nessun vero argomento è offerto a sostegno della tesi secondo cui non esistono verità nel campo del diritto e della moralità politica. Certo, l'idea che non possa distinguersi tra soggetto e oggetto, tra osservatore e osservato, nonché l'idea che l'interprete contribuisca alla "costruzione" dell'oggetto interpretato, sono tesi diffuse, che costituiscono il *Leitmotif* della *koiné* filosofica post-moderna (ermeneutica, pensiero debole, neopragmatismo, ecc.): è risaputo che il loro obiettivo polemico è proprio l'idea della verità come corrispondenza, come adeguatezza della proposizione rispetto alla cosa. Però è tutto da dimostrare che quello che si dice per i "quanti" sia riferibile pure al diritto, alla politica e agli oggetti sociali in genere. Che non sia possibile determinare la posizione esatta delle particelle subatomiche nel loro movimento vorticoso, che ci sia continuità tra osservatore e osservato, cosicché l'osservatore fa parte del sistema osservato e l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, ecc., non provano – per il solo fatto di essere affermati dalla teoria quantistica – che non è possibile ricondurre le norme alle disposizioni, che il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione non siano distinguibili, che il diritto sia tutt'altro che un oggetto sociale conoscibile, che non esistano risposte giuste e sbagliate.

Peraltro la tesi scettica secondo cui "la risposta giusta non c'è, se ci fosse non sarebbe conoscibile e se fosse conoscibile non sarebbe comunicabile", è comunque anch'essa un'ontologia ed epistemologia, seppure negativa: quindi è non meno forte e impegnativa teoreticamente di un'ontologia ed epistemologia positiva.

3.4. La negazione dell'"ontologia materialistica" esclude che ci sia una verità dei fatti (sociali). Invece la negazione dell'idea sottesa alla metafora di Ercole sembra negare che ci sia una verità morale (cui attingere per dare senso e coerenza complessiva all'ordinamento e, quindi, per stabilire quali interpretazioni del diritto sono corrette nei casi difficili).

In effetti la figura di Ercole è associata all'idea che sia possibile, e necessario, il *moral reading* dei testi normativi e, in particolare, della costituzione. E se l'interprete è talvolta chiamato a cimentarsi in un erculeo *moral reading of the constitution*, allora non ci sarà spazio per un atteggiamento di non-cognitivismo etico. Non avrebbe, infatti, molto senso proporre il metodo dell'interpretazione morale delle disposizioni costituzionali e, nello stesso tempo, negare che da qualche parte esista una verità morale oggettiva.

Tuttavia il cognitivismo etico non gode di buona fama, almeno nella dottrina costituzionalistica italiana. Anche chi, come Gustavo Zagrebelsky, propone il metodo e la teoria del "diritto per principi", manifesta un atteggiamento di relativismo etico e morale. Ci sarebbe, sì, un "doppio lato del diritto", che considera la "pretesa di giustizia" come "un elemento della definizione stessa del diritto", ma – così dicendo – non si vuole evocare una concezione "assoluta e astorica" della giustizia, bensì una visione storicista[24].

Il legame del diritto con la giustizia non sarà, dunque, con la giustizia «da un punto di vista esterno al contesto sociale, ma con la giustizia intesa dal punto di vista interno, cioè secondo le concezioni vigenti entro la comunità di diritto da cui la legge trae origine e a cui si indirizza». Non

[24] Così ZAGREBELSKY 2008, 28 s., per il quale «sarebbe incongruo pensare a concezioni della giustizia estrinseche al contesto storico-culturale della comunità di diritto per la quale la legge vuole valere come tale; ed egualmente incongrua sarebbe l'assunzione di una qualsivoglia concezione assoluta – filosofica, razionale o naturale – della giustizia». Questo perché «le concezioni della giustizia nascono, cambiano, si estinguono e sono sostituite da altre concezioni, con il mutare delle culture». A pensare diversamente, «riapparirebbe sulla scena il diritto naturale, in qualche sua riedizione, con tutte le sue difficoltà e aporie, e con la sua pericolosa aggressività».

sarà «la giustizia assoluta, cui si riferisce ogni sua concezione a priori», ma «sarà necessariamente una nozione relativa [...] che a valutarla secondo concezioni e parametri esterni, per esempio secondo la giustizia che vale presso popoli diversi o in tempi diversi, potrebbe apparire ingiusta». In definitiva, «tutto, a seconda dei tempi e dei luoghi e delle culture, può sembrare bello, giusto e buono»[25].

Con queste precisazioni sembra che Zagrebelsky voglia mettersi al riparo dall'accusa di professare una qualche forma di assolutismo etico, anticamera del totalitarismo autoritario. Anche se il diritto ha sempre un "doppio lato", ossia una connessione necessaria con la morale, non necessariamente questo farebbe cadere la sua "mitezza", dal momento che le istanze di giustizia che sostanzierebbero il diritto nelle società pluraliste contemporanee sarebbero comunque collegate a valori o principi storicamente relativi, che pretenderebbero di valere qui e ora e non dappertutto e sempre.

Sta di fatto, però, che quando giudichiamo qualcosa giusto o sbagliato non aggiungiamo al nostro giudizio la precisazione che esso deve intendersi come storicamente e spazialmente condizionato. Non diciamo che la tortura o la violenza sui bambini è ingiusta perché adesso in Italia, in Europa o in Occidente la pensiamo così; né pertanto aggiungiamo che per i non occidentali o per gli uomini del secolo scorso può e poteva essere legittimo pensarla diversamente.

3.5. Il cognitivismo etico professa l'idea che sia possibile attingere a una verità morale oggettiva; e per questa ragione è circondato da sospetti e cautele[26]. Sicuramente diverse cor-

[25] ZAGREBELSKY 2008, 30 s.

[26] Basti pensare all'anatema che GUASTINI 2007, 1376 s., rivolge contro l'interpretazione costituzionale per valori e/o il *moral reading of the constitution*: «questo modo di vedere suppone una forma di

renti del pensiero filosofico contemporaneo hanno contribuito a generare quest'atteggiamento: dall'ermeneutica di derivazione gadameriana al neo-pragmatismo di Richard Rorty, dal post-modernismo di Lyotard al pensiero debole di Vattimo[27]. Se ci fosse una verità obiettiva – questo è il timore – allora l'intera organizzazione politica e sociale dovrebbe costruirsi attorno ad essa, e nel rispetto dell'ortodossia dovrebbero di conseguenza bandirsi le opinioni contrarie col risultato che la libertà di espressione soccomberebbe sotto l'urto dell'autoritarismo, insieme alle altre libertà politiche.

Si è osservato che «se l'Illuminismo collegava il sapere alla emancipazione, nel post-moderno è prevalsa la visione nietzschiana secondo cui il sapere è uno strumento di dominio e una manifestazione della volontà di potenza», sicché «il solo sapere critico è una forma di contro potere che si impegna a dubitare sistematicamente del sapere»[28]. Il binomio "sapere-potere", cioè l'idea che dietro la pretesa di verità ci sia sempre una volontà di potenza o un'organizzazione di potere, è perciò l'altra faccia del non-cognitivismo etico. Difatti, per Ferraris «l'argomento del sapere-potere suona come: chi ritiene di disporre della verità tende a essere dogmatico o addirittura violento»[29]. Per neutraliz-

cognitivismo etico: la tesi anti-liberale, cioè, secondo cui i valori morali sono entità oggettive di una qualche sorta, come tali suscettibili di conoscenza, e non oggetto di autonoma scelta o preferenza degli agenti morali».

[27] Tutte in qualche modo e in qualche misura debitrici del pensiero nietzschiano, e heideggeriano, sui valori come prodotti della volontà di potenza.

[28] FERRARIS 2012, 87, 90.

[29] FERRARIS 2012, 90. La coppia sapere-potere è anche in NANCY 2007, 111, dove scrive che «tutto il teorico è sospeso a questo: al suo colpo di mano, al suo colpo di Stato, che è e fa la sua veri-ficazione. L'*orthotés* in vista dell'*idea*, vale a dire la pre-visione della visione implica una

zare il pericolo del dogmatismo autoritario e del totalitarismo ideologico e politico occorrerebbe pertanto bandire l'idea stessa di verità: e questo relativismo tollerante sarebbe il solo approccio accettabile anche per la gran parte di coloro che – almeno in Italia – si riconoscono nei metodi dell'interpretazione costituzionale per valori o per principi[30].

Dietro questa posizione, però, si cela un equivoco; o meglio: uno slittamento di piani. Il problema autentico – a ben vedere – non è l'idea di verità morale obiettiva, ma la volontà soggettiva di potenza. E negare la prima per esorcizzare la seconda è come credere di poter curare il raffreddore semplicemente negando qualsiasi fondamento alle teorie che ne presumono l'esistenza. L'antidoto contro l'autoritarismo e la volontà di potenza non può essere quello di convincere le persone a pensare e agire come se una verità morale obiettiva non ci fosse, perché questo è invero proprio ciò che l'idea nietzschiana di volontà di potenza intende

*ortopedia* che la istituisce: un'educazione, un addestramento alla giusta direzione, al buon orientamento teorico – l'orientamento occidentale – e questa *correzione* istitutrice richiede la forza e il potere dell'istitutore. La struttura della Verità è la circolarità o l'antecedenza reciproca e infinita del teorico e del politico». A giudizio di NASONE 2013, 122, ciò che Nancy vuole dirci è che «la proprietà del sapere predispone, invita, all'uso della forza. La contemplazione della realtà, della vera realtà, il raggiungimento del sapere, la conoscenza, presuppone una violenza necessaria […]. La verità occidentale che presuppone l'evidenza, lo sguardo verso l'ente-manifesto, cela nell'intimo una "struttura di potere", che al fondo della visione dell'idea, del vedere ideale, è circoscritta, è caratterizzata come un mirare nella giusta direzione».

[30] È probabile che "il diritto mite" di Zagrebelsky voglia riflettere, nel campo della scienza costituzionale, l'atteggiamento filosofico che sta dietro il "pensiero debole" di Gianni Vattimo: la "mitezza" sarebbe pertanto la virtù di chi non professa verità assolute, dietro le quali si celerebbero sempre assolute volontà di potenza.

affermare: piuttosto, il vero e solo rimedio è quello di non riconoscere ad alcuno il potere soggettivo o il privilegio esclusivo di "rivelare" la verità e, quindi, di gestirne unilateralmente il contenuto. Il problema non è il fatto che le persone professino un cognitivismo etico, ma il fatto che s'istituiscano interpreti ufficiali della verità, col compito di custodirne i precetti e di articolarne l'ortodossia in modo vincolante per tutti. D'altronde, se tutti pensano e agiscono come se una verità morale da qualche parte ci fosse, e s'impegnano sinceramente al fine di scoprirne e realizzarne le prescrizioni, le verità "ufficiali" del potere saranno immancabilmente osteggiate da coloro che professano verità diverse: e la loro resistenza sarà ben più intensa di quella che possono opporre coloro che muovono dall'idea scettica che non ci sia nessuna verità da professare e difendere.

È una vicenda filosofica curiosa quella che dal binomio di sapere-potere – binomio debitore del modo in cui Nietzsche istituisce il rapporto tra valori, verità e volontà di potenza – conduce alla condanna del cognitivismo etico: nel timore che dietro gli atti di sapere possano celarsi atti di potere, ci si libera sbrigativamente del problema accogliendo la conclusione che non possano mai esserci atti di sapere (morale) autentico. È il binomio sapere-potere a negare il cognitivismo etico. Ma è condannando il cognitivismo etico che si spera di evitare il binomio sapere-potere.

## 4. *Discrezionalità giudiziale e "difficoltà contromaggioritaria"*

4.1. Uno dei pregi (numerosi) del libro di Bin è la messe di spunti fecondi sulla grande questione teorica che sta alla base della giustizia costituzionale: mi riferisco al problema, sempre aperto, della legittimità del *judicial review of legislation*.

Come è noto, la discrezionalità giudiziale è massimamente avvertita come un problema là dove si esercita un controllo giurisdizionale della costituzionalità della legislazione: la "difficoltà contromaggioritaria", di cui parlava Alexander Bickel già negli anni '60 del secolo scorso, esiste proprio perché i giudici esercitano discrezionalità valutativa. Per Bickel, infatti, «il contrasto tra legge e costituzione è in molti casi tutt'altro che auto-evidente (*self-evident*) ed è, piuttosto, una questione di valutazione politica (*an issue of policy*) che qualcuno deve decidere»; e se l'incostituzionalità di una legge non è *self-evident* e può perciò generare un disaccordo che qualcuno deve risolvere, allora per Bickel «il problema è chi (debba farlo): le corti, lo stesso legislatore, il presidente o forse le giurie popolari dei processi penali ovvero in via ultimativa e definitiva il popolo attraverso il processo elettorale?»[31].

La "difficoltà contro-maggioritaria" della giustizia costituzionale allude al fatto che le scelte legislative adottate dalle assemblee elettive secondo la regola democratica della maggioranza siano sindacate da giudici non elettivi sulla base di parametri costituzionali la cui interpretazione è controversa (come è il caso delle formulazioni di principio sui diritti fondamentali) ovvero sulla base di parametri che sono tratti dalla costituzione solo indirettamente (come è il caso del *diritto costituzionale vivente*, cioè del corpo normativo dei *precedents* elaborati nel tempo dalla giurisdizione costituzionale)[32].

[31] BICKEL 1962, 3 (traduzione mia). La letteratura in tema di "counter-majoritarian difficulty" è ormai sterminata, una vera e propria "ossessione accademica", la cui storia è narrata in cinque parti da FRIEDMAN 1998, 333-433; 2000, 971-1064; 2001, 1383-1455; 2002a, 1-65; 2002b, 153-259.

[32] Sarebbe di sicuro un errore riferire questo carattere "contromaggioritario" solo alla regola di maggioranza che trova applicazione nel corso

Se il *judicial review of legislation* è contro-maggioritario, lo è perché le decisioni della maggioranza dei giudici di un collegio si contrapporrebbero alle decisioni della maggioranza dei legislatori di un'assemblea elettiva: quindi è il carattere *elettivo* della maggioranza legislativa a conferire carattere contro-maggioritario alle decisioni giudiziali che valutano ed eventualmente annullano le scelte del legislatore. Come disse John H. Ely, «il problema centrale del *judicial review*» consiste nel fatto che «un organo che non è eletto (o che non è in nessun altro senso politicamente responsabile) dice alla rappresentanza popolare elettiva che non può governare nel modo in cui le piacerebbe farlo»[33]. E

del procedimento legislativo: del resto, anche il controllo di costituzionalità è esercitato dal collegio giudicante secondo la regola di maggioanza. E neppure sarebbe corretto riferire l'aggettivo *"majoritarian"* agli orientamenti maggioritari dell'opinione pubblica, perché nulla esclude che le decisioni della giurisdizione costituzionale, anche se annullano o disapplicano leggi votate dall'assemblea elettiva, incontrino un ampio favore popolare. E difatti per BASSOK, DOTAN 2013, 14 (trad. mia), «quando la Corte Suprema annulla una legge cui s'oppone la maggioranza delle persone, misurata attraverso sondaggi d'opinione, in tal caso la decisione della Corte *non è* contromaggioritaria nel senso letterale del termine, dal momento che l'opinione pubblica supporta la decisione». Peraltro che gli orientamenti della Corte Suprema americana rispecchino quasi sempre, se non sempre, gli umori dell'opinione pubblica maggioritaria, è tesi supportata da evidenze empiriche rilevate costantemente nel tempo, a partire dalla nota ricerca del 1957 di DAHL 1957, 279. Uno studio più recente è quello di CASILLAS, ENNS, WOHLFARTH 2011, 74-88, che analizza le modalità attraverso le quali l'opinione pubblica influenza il processo decisionale della *Supreme Court*, cercando – tra le altre cose – di misurare «the extent to which the Court acts as a majoritarian or countermajoritarian institution» (questione che forma oggetto anche del saggio di PILDES 2010, 103 ss.).

[33] ELY 1980, 4-5 (trad. mia).

dunque la difficoltà contro-maggioritaria in realtà è una difficoltà *contro-elettiva*[34].

Di qui il problema di fondo: come si conciliano la giustizia costituzionale e la discrezionalità giudiziale col fatto che in una democrazia le decisioni politiche spettano alla maggioranza (elettiva) di una maggioranza (eligente)?

4.2. Nel libro di Bin si affronta la "difficoltà contromaggioritaria" individuando nelle differenze istituzionali tra legislatore giudici la chiave di accesso alla soluzione del problema.

In particolare, si osserva che

> «il legislatore vede le cose da lontano, con il grado di definizione di chi sorvola una foresta; mentre i giudici distinguono i particolari, come un cacciatore che si muove dentro la foresta. Di regola sono loro – i giudici – i primi a trovarsi di fronte a ogni nuova sollecitazione che emerge dalla società: a loro è richiesto di mettere a fuoco particolari che il legislatore non poteva neppure percepire»[35].

A fondamento della discrezionalità giudiziale, specialmente nell'esercizio del *judicial review of legislation*, ci sarebbe dunque una ben precisa ripartizione di compiti:

> «i membri del parlamento, esattamente come le persone che essi rappresentano, discutono sui massimi valori e scambiano opinioni divergenti attorno al riconoscimento e la tutela di un diritto *in generale* – mentre i giudici hanno a che

[34] Questa dissociazione tra il profilo maggioritario e quello elettivo, come aspetti distinti della "countermajoritarian difficulty", è sottolineata anche da BASSOK, DOTAN 2013, 14-15.

[35] BIN 2013, 23.

> fare con gli interessi di una singola persona così come essi si presentano in un caso *specifico*».

Cosicché «la distinzione di compiti tra chi detta le norme generali e astratte e chi le applica ai casi concreti è abbastanza chiara: la concorrenza tra i due poteri non ha ragione d'essere»[36].

In definitiva, per Bin

> «il legame processuale al "caso" è la chiave con cui il puntone dell'interpretazione giuridica *deve* essere solidamente assicurato all'architrave», perché «dalla solidità di quel legame dipende la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici»[37].

A prima vista, la risposta offerta da Bin alla "difficoltà contromaggioritaria" appare insoddisfacente. Che tra il legislatore e i giudici ci sia una divisione di compiti, che corrisponde simmetricamente alla distinzione tra disposizioni e norme e tra normazione generale *erga omnes* e *adjudication inter partes*, non sembra ancora un argomento a sostegno della tesi secondo cui i giudici sarebbero legittimati a disapplicare le disposizioni legislative. Al massimo, pare che possa giustificare l'interpretazione giudiziale conforme a costituzione, ma quest'ultima è attività qualitativamente distinta dal *judicial review of legislation*: e ciò che può addursi per legittimare l'una non è di per sé spendibile anche per giustificare l'altra.

Eppure – analizzato più a fondo – il discorso di Bin può leggersi come una replica convincente alla "difficoltà contromaggioritaria". Provo a spiegare perché.

[36] BIN 2013, 95 s.
[37] BIN 2013, 108.

4.3. È noto che l'argomento più ricorrente contro la legittimità del *judicial review* è il fatto che non ci sarebbe nessuna ragione per cui le interpretazioni costituzionali dei giudici debbano preferirsi alle interpretazioni costituzionali sottese alle scelte legislative. Ma a mio avviso, c'è una ragione fondamentale per dubitare che le interpretazioni costituzionali rese dal legislatore siano non peggiori (o addirittura migliori) delle interpretazioni costituzionali rese dai giudici: e questa ragione è l'impatto con i casi concreti.

Quest'impatto contribuisce in modo importante alla messa a fuoco del problema interpretativo, anche se certo non fornisce il criterio per risolverlo. Per quanto fervida sia la nostra immaginazione e per quanto precisa sia la nostra capacità di previsione, la realtà ci sorprende sempre: del resto, un "caso difficile" è tale proprio perché non è stato previsto. Possiamo interrogarci a lungo e a fondo sui significati normativi potenzialmente esprimibili da un testo che è stato appena adottato e che ancora non ha ricevuto nessuna applicazione (o che ne ha ricevute poche); e immaginare numerosi ed elaborati casi di scuola: è quello che la dottrina giuridica fa normalmente, quando ricostruisce gli istituti e si sforza di chiarire quali siano le norme che occorre trarre dalle disposizioni correttamente interpretate. Ma quasi immancabilmente il flusso dell'esperienza smentisce la nostra preveggenza, consegnandoci dei casi concreti che sono diversi da quelli "di scuola", ma non meno complessi.

Quest'urto con situazioni impreviste rimette in moto l'elaborazione dogmatica, spesso costringendo gli stessi giudici ad aggiungere i tasselli mancanti nelle costruzioni della dottrina, ma in ogni caso inducendo la dottrina a ritornare sul problema dogmatico (alla luce della novità costituita dal caso imprevisto e dalle soluzioni giurisprudenziali che ne sono state offerte). Insomma, non è la medesima cosa porsi un problema interpretativo *in astratto*, cioè provando a immaginare quali saranno i casi concreti difficili, e porselo

*in concreto*, cioè alla luce di un caso che effettivamente si è verificato e che potrebbe non corrispondere a nessuno dei casi difficili pensati a tavolino. Possiamo definire la prima ipotesi come "interpretazione a priori" e la seconda come "interpretazioni a posteriori".

Ora, non c'è dubbio che l'interpretazione costituzionale in cui si cimenta il potere legislativo quando adotta un atto normativo sia del primo tipo – cioè "a priori" – e che, invece, sia del secondo tipo – cioè "a posteriori" – l'interpretazione costituzionale praticata dai giudici o dai tribunali costituzionali quando debbano decidere se applicare o disapplicare una legge a un dato caso concreto (nei sistemi diffusi) ovvero quando debbono decidere se accogliere o rigettare una questione di legittimità costituzionale (nei sistemi accentrati ad accesso incidentale).

Quando si dubita che l'interpretazione giudiziale della costituzione sia preferibile all'interpretazione legislativa della costituzione o che il processo giurisdizionale sia più adatto a valutare i problemi di costituzionalità rispetto al procedimento legislativo ovvero che il giudizio morale dei giudici sia più accurato e approfondito di quello del legislatore, non si sta considerando adeguatamente il fatto che l'interpretazione costituzionale del legislatore è sempre un'interpretazione "a priori", mentre quella dei giudici è sempre "a posteriori", ovviamente nella misura in cui esercitano un controllo di costituzionalità di tipo "concreto".

4.4. Tra i giudici e i legislatori non ci sono differenze antropologiche rilevanti: sicuramente, i primi non sono più sensibili, intelligenti e "degni" dei secondi; e può succedere, invece, che siano altrettanto settari e politicamente coinvolti, se non di più, così come può accadere che abbiano meno equilibrio e capacità di riflessione. Non è pertanto su queste basi che si può argomentare la preferibilità del *judicial review* rispetto al *legislative review*. Ed è anche vero che

nelle corti giudiziali a composizione collegiale (come le corti supreme e i tribunali costituzionali) si decide secondo le regole della maggioranza, esattamente come nelle assemblee legislative.

Ciò che fa la differenza, allora, tra il controllo giudiziale e il controllo legislativo di costituzionalità (che il legislatore esercita sui propri atti, in base a proprie interpretazioni della costituzione) è solo un dato istituzionale, che ha però un'importanza decisiva: il giudice e il tribunale costituzionale inquadrano il problema di costituzionalità della legislazione alla luce di un caso concreto controverso. Le circostanze del *judicial review* sono, perciò, diverse perché possono tenere conto di un dato esperienziale che arricchisce la riflessione dogmatica e morale in un modo che è invece sconosciuto nelle circostanze in cui il legislatore si trova a operare.

La novità del caso difficile imprevisto innesca un processo d'apprendimento e completa il quadro cognitivo di chi è chiamato a svolgere valutazioni di costituzionalità. Questa è una differenza istituzionale obiettiva tra il processo giurisdizionale e il procedimento legislativo. Il legislatore legifera, e quindi valuta la costituzionalità delle proprie scelte, in base alla conoscenza dei problemi concreti del passato, ma non ha alcuna idea di quali siano i problemi concreti con cui in futuro impatteranno i suoi atti legislativi: pertanto le valutazioni di costituzionalità fatte dal legislatore non potranno giovarsi delle precisazioni dogmatiche e degli aggiustamenti interpretativi che la conoscenza dei nuovi casi potrà apportare al bagaglio di riflessioni di cui è già in possesso.

Quale conclusione se ne ricava? Che i dubbi circa la preferibilità del *judicial review* rispetto al *legislative review* sono penetranti solo se bersagliano il controllo astratto di costituzionalità: in questo caso, infatti, il quadro cognitivo del tribunale costituzionale è il medesimo dell'assemblea legislativa, salvo la (probabile) maggiore competenza tecnico-giuridica dei membri del Tribunale

rispetto ai membri del Parlamento (i quali però si avvalgono regolarmente del supporto tecnico degli uffici parlamentari). Se invece si rivolgono al controllo giudiziale concreto di costituzionalità, trascurano un elemento essenziale di differenziazione istituzionale tra processo giurisdizionale e procedimento legislativo.

4.5. Tutto questo prova che forse la "difficoltà contromaggioritaria" non fotografa correttamente la realtà dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. Il diritto giurisprudenziale che, per effetto di *judicial review of legislation*, prende il posto del diritto legislativo non ha certo l'imponenza e l'estensione di quest'ultimo, ma ha invece carattere interstiziale ed episodico: cesella e raffina le scelte legislative ai margini, rimuovendone le imperfezioni. Del resto, in un ordinamento democratico la legislazione non può essere sistematicamente in conflitto con la costituzione, proprio perché anche i legislatori compiono valutazioni di costituzionalità e comunque operano in un contesto che è, di solito, imbevuto dei principi costituzionali.

Da questo punto di vista, la formula kelseniana del tribunale costituzionale come "legislatore negativo" è impropria, perché – tra le altre cose – suggerisce l'idea che accanto alla legislazione ci sia un corpo normativo uguale e contrario: quello fornito dalle scelte normative compiute dal tribunale costituzionale in sostituzione di quelle legislative annullate. Ma in realtà non ci sono due legislatori, quello parlamentare e quello costituito dal tribunale costituzionale (o dalle corti supreme), disposti secondo un ordine gerarchico. Il "legislatore negativo", cioè la giurisdizione costituzionale, non impugna l'ascia, ma il bisturi. Per disboscare occorre la prima, ma non il secondo; tuttavia per incidere e rimuovere porzioni circoscritte di materia, ci vuole il secondo, non la prima. E così, per varare e realizzare vasti programmi di *public policies* occorre l'ascia della legisla-

zione, ma per polire escrescenze, rimuovere inesattezze e aggiungere i tasselli mancanti occorre la precisione, la sapienza e il quadro cognitivo del bisturi giudiziale.

Ad esempio, è pensabile che il passaggio da un sistema processuale di tipo inquisitorio a uno accusatorio, con tutto ciò che comporta in termini di riscrittura integrale del codice di procedura penale, possa farsi con strumenti diversi da quello della legislazione, ossia per mezzo di sentenze della giurisdizione costituzionale? Legislazioni innovative in tema di tutela ambientale, mercato del lavoro, sistema previdenziale, ecc., possono vararsi per mezzo di pronunce giudiziali rese in sede di controllo di costituzionalità delle leggi? Tutto quello che la giurisdizione costituzionale può fare è solo pulire, aggiustare, correggere ai margini, alla luce dei problemi applicativi concreti che il legislatore non ha considerato. Così come col bisturi è impossibile disboscare interi boschi (ma anche un solo albero), allo stesso modo con l'arma della pronuncia di accoglimento è impossibile realizzare programmi di legislazione e sostituirsi al legislatore nelle grandi scelte di riforma legislativa.

Per queste ragioni il carattere interstiziale del diritto giurisprudenziale elaborato in sede di *judicial review of legislation* non può certo essere una diga imponente al fluire della leggi: ripara le falle, pulisce gli argini e i canali entro cui scorre la legislazione, ma non può certo modificare la direzione complessiva o impedirne il movimento generale. Il processo giurisdizionale sta al procedimento legislativo come la produzione artigianale di nicchia sta alla produzione industriale di massa: operano su piani differenti, e la prima non può certo sottrarre spazi di mercato alla seconda. E difatti il diritto costituzionale vivente è un fenomeno indubbiamente imponente se paragonato al limitato numero di disposizioni di cui solitamente consiste un testo costituzionale, ma è sicuramente poca cosa se messo a confronto con la sterminata estensione della legislazione (sia di rango

primario che secondario). E ciò spiega anche perché la giurisdizione costituzionale può fare qualcosa contro le violazioni della costituzione, ma è impotente di fronte alle inattuazioni costituzionali.

Per stare all'esperienza statunitense, eventi come il New Deal, la stagione dei *civil rights*, la reazione conservatrice della corte Renhquist e della presidenza Reagan, dimostrano come gli sviluppi giurisprudenziali di nuovo diritto costituzionale vivente vadano a braccetto con processi di mobilitazione politica che puntano nella medesima direzione. Le svolte decisive nella *living constitution* si compiono quando le Corte Suprema suggella con la propria giurisprudenza quei mutamenti che in prima battuta hanno interessato il quadro politico.

Quando nel 1962 Bickel credette di scoprire la "difficoltà contromaggioritaria" in realtà cadde vittima di un abbaglio. Aveva ancora in testa l'opposizione della Corte Suprema al New Deal rooseveltiano e ancora non si era accorto come invece, proprio in quegli anni, la Warren Court traesse giovamento e stimolo dal movimento politico dei *civil rights*. Inoltre – come osserva Jack Balkin – la stessa percezione che Bickel aveva della Supreme Court degli anni rooseveltiani non è aderente a quello che effettivamente accadde: «l'opposizione al New Deal ebbe vita breve. Nello spazio di pochi anni la Corte Suprema fece marcia indietro sulle sue posizioni iniziali e inizio a legittimare il nuovo regime costituzionale»[38].

4.6. La possibilità del concreto *hard case*, cioè del caso difficile imprevisto, è l'argomento positivo che giustifica il *judicial review of legislation*. Ci sono "prestazioni di costituzionalità" che il procedimento legislativo non può assicu-

[38] BALKIN 2011, 3672.

rare nello stesso modo e con la medesima precisione del processo giurisdizionale.

La scelta tra *judicial review* e *legislative review* dipende proprio da questo: che il primo può esaminare e risolvere il problema di costituzionalità della legislazione avvalendosi del quadro cognitivo messo a disposizione dal caso concreto controverso e imprevisto. Come si è detto, c'è una differenza sensibile tra l'interpretazione costituzionale *a priori* svolta dal legislatore in sede di adozione degli atti legislativi e l'interpretazione costituzionale *a posteriori* svolta dalle corti quando devono fronteggiare casi concreti controversi e imprevedibili. Ovviamente, questa divisione di compiti tra il procedimento legislativo e il processo giurisdizionale funziona solo nel presupposto istituzionale che il secondo sia un "processo" e non altro. La legittimazione della giustizia costituzionale e la "sdrammatizzazione" della difficoltà contromaggioritaria e della discrezionalità giudiziale fa leva precisamente sulle differenze strutturali, istituzionali, tra procedimento legislativo e processo giurisdizionale[39].

[39] Tutto questo ci permette, inoltre, di valutare la fondatezza della nota tesi di MEZZANOTTE 1990, 65, secondo cui il processo costituzionale che si svolge dinanzi al tribunale costituzionale non potrebbe mai essere un "vero processo", perché le categorie processuali su cui s'impernia devono intendersi in modo flessibile e cedevole, onde consentire alla giustizia costituzionale quella libertà di movimento che le permetterebbe di inserirsi in modo efficace nelle dinamiche della forma di governo e da cui perciò dipenderebbe la sua legittimazione nel sistema costituzionale. In realtà, alla luce delle cose dette finora, questa tesi deve essere rovesciata: è impensabile che il *judicial review* possa conquistare legittimazione al di fuori delle condizioni istituzionali che consentono alle corti di offrire interpretazioni costituzionali più accurate, precise e profonde: condizioni che sono precisamente quelle del processo giurisdizionale, in cui si affrontano casi concreti controversi e imprevisti e in cui le parti direttamente interes-

In definitiva, quando ci chiediamo se il controllo di costituzionalità della legislazione debba esercitarlo il giudice o lo stesso legislatore e quando illustriamo tutte le nostre ragioni per preferire una soluzione all'altra, stiamo impostando il problema in modo errato. In realtà dobbiamo chiederci se stiamo parlando della stessa cosa, cioè se il tipo di controllo che il legislatore eserciterebbe su se stesso sia dello stesso tipo di quello che sarebbe esercitato dal giudice o se invece non siano attività qualitativamente diverse.

A me sembra che la risposta giusta sia la seconda. Attraverso il procedimento legislativo non è possibile fare od ottenere quello che si può fare od ottenere per mezzo del processo giurisdizionale. Strutturalmente, il legislatore non potrebbe mai svolgere un controllo di costituzionalità negli stessi termini dei giudici. Questi possono accedere a qualcosa che è precluso al legislatore: la conoscenza empirica del caso concreto controverso, dell'*hard case* in quanto caso imprevisto (ed è solo con riferimento a questi casi che evidentemente si pone il problema del disaccordo: casi facili sono quelli che non pongono problemi di interpretazione costituzionale, cioè rispetto ai quali il legislatore e i giudici darebbero la stessa interpretazione del dettato costituzionale).

Di conseguenza, proprio perché l'*hard case* è propriamente ciò che non è stato contemplato, il problema che prima nessuno aveva considerato, non potremmo mai sapere quale sarebbe potuta essere la reazione del legislatore: una volta conosciuto il caso difficile, avrebbe impostato e risolto il problema di costituzionalità nei termini in cui risulta dagli atti legislativi che ha adottato? Possiamo escludere che se

sate possono offrire in contraddittorio le loro ragioni, irrobustendo e completando il quadro cognitivo del giudizio. La "processualità" del *judicial review* è perciò la condizione necessaria della sua legittimazione e non ciò che la ostacolerebbe.

avesse potuto disporre di questa conoscenza empirica avrebbe legiferato in modo diverso?

4.7. In definitiva, l'argomento più forte contro la "difficoltà contromaggioritaria", e a favore del potere giudiziale di interpretazione finale del documento costituzionale, è – banalmente – proprio il fatto che il legislatore e i giudici hanno ruoli istituzionalmente distinti. Sono le peculiarità istituzionali della funzione giurisdizionale a giustificare la *naturalità* della giustizia costituzionale: peculiarità che non ritroviamo nel modo in cui è organizzata e opera la funzione legislativa. Non per caso – come scrive Roberto Bin – «la "difficoltà" democratica della Corte suprema [viene] accentuandosi man mano che si allent[a]no i vincoli tipici della funzione giurisdizionale e mut[ano] il quadro istituzionale in cui essa opera»[40].

Potrà sembrare tautologico e ricorsivo, ma invero alla domanda perché l'interpretazione *giudiziale* della costituzione debba prevalere su quella *legislativa*, si può dare una sola risposta veramente sensata: perché è *giudiziale*.

[40] BIN 2013, 91.

## *Riferimenti bibliografici*

ABBAGNANO N. 1998. *Dizionario di Filosofia*, Torino, UTET.

BALKIN J.M. 2011. *Living Originalism*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press (Kindle Edition).

BASSOK O., DOTAN Y. 2013. *Solving the countermajoritarian difficulty?*, in «International Journal of Constitutional Law», 11(1), 2013, 13-33.

BIN R. 2013. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli.

BICKEL A. 1986. *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Yale University Press.

CASILLAS C. J., ENNS P. K., WOHLFARTH P. C. 2011. *How Public Opinion Constrains the U. S. Supreme Court*, in «American Journal of Political Science», 55(1), 2011, 74-88.

CHESSA O. 2010. *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 10, 2010, 55-119.

DAHL R.A. 1957. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in «Journal of Public Law», 6(2), 1957, 279-295.

DWORKIN R. 1989. *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore. Tr. di L. Caracciolo di San Vito di *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ELY J.H. 1980. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press.

ESPOSITO C. 1934. *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964.

ESPOSITO C. 1961a. *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 456 ss.

ESPOSITO C. 1961b. *La consuetudine costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 595 ss.

FERRARIS M. 2012. *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza.

FRIEDMAN B. 1998. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in «New York University Law Review», 73(2), 1998, 333-433.

FRIEDMAN B. 2000. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, in «University of Pennsylvania Law Review», 148(4), 2000, 971-1064.

FRIEDMAN B. 2001. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner*, in «New York University Law Review», 76, 2001, 1383-1455.

FRIEDMAN B. 2002a. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, in «The Georgetown Law Journal», 91(1), 2002, 1-65.

FRIEDMAN B. 2002b. *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in «The Yale Law Journal», 112(153), 2002, 153-259.

GAZZOLO T. 2014. *Interpretazione e (ri)scrittura*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 2014.

R. GUASTINI 2007. *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», 52(2), 2007, 1373-1383.

HEIDEGGER M. 2003. *Essere e tempo*, Milano, Longanesi & C. Tr. di P. Chiodi (condotta sull'undicesima edizione) da *Sein und Zeit*, in «Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung», VIII, 1-438, Niemeyer, Halle, 1927.

HEISENBERG W. 2008. *Fisica e filosofia*, Il Saggiatore, Milano. Tr. di G. Gignoli da *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science*, New York, Harper & Brothers, 1958.

LAPLACE P.S. 1814. *Essai philosophique sur les probabilités*, Paris, New York Public Library.

MEZZANOTTE C. 1990. *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 65 ss.

NANCY J.-L. 2007. *L'imperativo categorico*, Nardò, Besa. Tr. di F.F. Palese da *L'impératif catégorique*, Paris, Flammarion, 1983.

NASONE A. 2013. *Jean-Luc Nancy tra sovranità e sacrificio*, in «Inschibolet», 2, 2013.

PILDES R.H. 2010. *Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution?*, in «The Supreme Court Review», (1), 2010, 103-158.

PLANCK M. 1932. *Der Kausalbegriff in der Physik*, Leipzig, J. A. Barth.

RAZ J. 1979. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, New York, Oxford University Press.

SCARPELLI U. 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità.

ZAGREBELSKY G. 2008. *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino.