

Le neuroscienze come strumento di “emersione” del diritto muto

Antonio Gusmai*

«Siamo ignoti a noi medesimi, noi uomini della conoscenza, noi stessi a noi stessi...»
(F. NIETZSCHE, Prefazione a *Genealogia della morale*, luglio 1887)

NEUROSCIENCES AS A MEAN FOR THE ‘EMERGENCE’ OF MUTE LAW

ABSTRACT: This article investigates how the neuroscientific studies can become useful to unveil the “mute” dimension of law and determine its “appearance”. It is not a coincidence that a sensible anthropologist such as Roderick MacDonald imagined law as an iceberg where its emerged peak, visible above the water, represents the written law, while the most substantial submerged part represents all the implicit and inferential aspects of the law. Looking at the historical reality, the image is far from being defined. After broadly rethinking some of Rodolfo Sacco's reflections about the existence of “mute law”, here the following considerations attempt to highlight the importance that neurosciences could have in forming the theoretical basis of the sources of law by better defining the physiology of the regulatory production processes.

KEYWORDS: Neurosciences; Written law; Mute law; Regulatory production; Sources of law

SOMMARIO: 1. Annotazioni introduttive - 2. La “sommersione” del diritto muto – 3. Ancora qualche precisazione sul diritto muto – 4. La “emersione” del diritto muto attraverso le neuroscienze: alcune riflessioni conclusive sulla interazione con il sistema delle fonti.

1. Annotazioni introduttive

Gli studi scientifici condotti sul sistema nervoso hanno notoriamente assunto, negli anni, una rilevanza sempre più considerevole per il diritto, non solo penale¹. Questo forse anche perché, passato il tempo in cui nella visione della quasi totalità dei giuristi moderni il diritto veniva identificato con la legge (ossia con una fonte statica che si dinamizza solo una volta “distaccata” dal legislatore, quando soggetta a concreta interpretazione–

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Bari. Email: ant.gusmai@gmail.com. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Cfr. F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, 6 ss.; A. SANTOSUOSSO, B. BOTTALICO, *Neuroscienze e categorie giuridiche: quale impatto*, in A. CERRONI, R. RUFO (a cura di), *Neuroetica. Tra neuroscienze, etica e società*, Torino, 2009, 45 ss. Si veda, anche, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, E. PICOZZA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011; L. PALAZZANI, R. ZANOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, 2013.



applicazione²), alcuni studiosi hanno avuto modo di rilevare l'esistenza non soltanto di un diritto «tacito», come tale «pensato», ma persino di un diritto «inconscio», come tale «muto»³.

Non è un caso che un antropologo sensibile come Roderick MacDonald abbia immaginato il diritto come un *iceberg*, la cui vetta emersa, dunque visibile al di sopra delle acque, rappresenterebbe il diritto scritto, mentre la più cospicua parte sommersa tutto quel diritto implicito e inferenziale che non si vede⁴. L'immagine, se si osserva la realtà storica, appare tutt'altro che suggestiva⁵.

Se le neuroscienze sono oggi in grado di dirci che le nostre scelte e le nostre preferenze possono nascere a livello non cosciente e, dunque, il nostro ragionare appare, prima di ogni altra cosa, sottoposto alle implicazioni del sistema neuronale, il modo di considerare il diritto non può che mutare⁶. Infatti, salvo a concepire il diritto come una monade, una sorta di fortilizio in cui si arrocca la scienza giuridica⁷ – isolandosi da ogni altro sapere – persona umana, libertà costituzionali, diritti fondamentali, doveri, principio di colpevolezza, principio di legalità (oltre che criteri di imputazione dei fatti, nesso causale, condotta, volontà, ecc.), sembrano essere concetti giuridico-costituzionali destinati ad essere probabilmente ripensati una volta «contaminati» della neurobiologia⁸. Non a caso, tra i costi-

² Sulla distinzione tra fonti «statiche» e fonti «dinamiche» del diritto, sia consentito rinviare ad A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015, 29 ss.

³ In tal senso R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, 16.

⁴ R. MACDONALD, *Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et «inféretielle»*, in *Sociologie et sociétés*, 18, 1, 1986, 47-58.

⁵ Come a più riprese ha cercato di dimostrare, in Italia, un autorevole storico del diritto, alle cui ultime riflessioni qui si fa rinvio. Si veda, pertanto, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

⁶ Per maggiori approfondimenti sulla letteratura giuridica, scientifica e filosofica, si veda O. DI GIOVINE, *Neuroscienze (diritto penale)* in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014.

⁷ La letteratura sui rapporti tra diritto e scienza è a dir poco sconfinata. Tra i molti che si sono occupati del tema, si veda, almeno, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001; A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 2004; G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di) *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano, 2011. Da ultimo, sulla opportunità delle relazioni tra branche del diritto e altri saperi scientifici, V. CAPUZZA, E. PICOZZA, V. D'ARRIGO, E. SIRGIOVANNI (a cura di), *Il diritto fra riflessione e creazione*, Ariccia, 2016.

⁸ Ne dà efficacemente conto, da ultimo, parte della dottrina penalistica italiana. Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, spec. 151-183. Si vedano, inoltre, i vari contributi raccolti in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009. Per farsi invece un'idea del dibattito, tutt'oggi vivacissimo, che sta impegnando la dottrina nordamericana e inglese, si veda, almeno, O. GOODENOUGH, *Responsibility and punishment: whose mind? A response*, in S. ZEKI, O. GOODENOUGH (eds.), *Law and the Brain, Philosophical Transaction of the Royal Society B*, Oxford, 2004, 259 ss.; H.T. GREELY, *Neuroscience and Criminal Responsibility: Proving "Can't Help Himself as a Narrow Bar to Criminal Liability*, in M. FREEMAN (ed.), *Law and Neuroscience*, Oxford, 2011, 61 ss. Sembra invece voler rassicurare i giuristi, affermando che sarebbe un errore credere che le neuroscienze possano giungere a mettere in crisi i fondamenti di un ordinamento giuridico, dacché al massimo il giurista può servirsi, non già essere propriamente condizionato dalle neuroscienze, S.J. MORSE, *New Neuroscience, Old Problems: Legal Implications of Brain Science*, in *Cerebrum*, 2004, 81-90; ID., *Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience*, in *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2008, 1-35. Tra i costituzionalisti italiani è L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, 249, da tempo a sottolineare l'importanza che le nuove tecnologie siano, in ogni caso, rispettose dell'assetto costitu-

tuzionalisti, v'è già chi sostiene che la letteratura scientifica, a certe condizioni, possa fungere da parametro utile a decretare la legittimità o meno di una legge⁹.

Resta pur sempre, però, come pure autorevolmente è stato detto, il fatto che non è dato alla scienza di raggiungere il vero o il falso, ma soltanto «continue gradazioni di probabilità», in quanto storicamente non è mai esistita nessuna «asserzione ultima» nella scienza. Certo, il test di falsificabilità di qualsiasi enunciato resta appannaggio della scienza, ma qualsiasi enunciato «in linea di principio» è «falsificabile»¹⁰.

La scienza, specie quella di matrice occidentale, non sembra aver mai costituito un «metodo neutrale» di acquisizione di conoscenza. Al contrario, è sempre apparsa «una specifica metafisica» che costruisce una concezione del mondo «come se noi fossimo là»¹¹. Difficilmente dunque, «al giorno d'oggi», si può avere fiducia in sistemi di conoscenza formale «interamente indipendenti dai nostri giudizi»¹² (per la scienza giuridica il discorso vale, forse in misura maggiore, alla luce dell'ampia «discrezionalità» di cui legittimamente godono tutti i poteri degli Stati democratici).

D'altro canto, è la stessa scienza costituzionale che oggi, nonostante continui a fondarsi su «giudizi di razionalità tecnica», ormai «si rivolge alla realtà costituzionale non come «storia» ma come «fatti» [...] rispetto ai quali essa deve dare prova di saper giudicare adeguatamente ed efficacemente in termini di mezzi e scopi». Insomma, «non è più dalla costituzione che si può guardare alla realtà ma è dalla realtà che si deve guardare alla costituzione»¹³. E questo perché «la Costituzione nasce da “fatti storici” e vive nei fatti, in ciò sta la sua effettività». Lo stesso «processo giurisgenerativo parte dai fatti». Pensare di poter separare il diritto dai fatti «è un'utopia infelice»¹⁴.

Lo dimostrano le istanze di giustizia che quotidianamente vedono i tribunali impegnati a decidere questioni un tempo impensabili, come la possibilità di ricorrere alla fecondazione assistita eterologa, ai trattamenti di fine vita, o a pronunciarsi sulla tutela della persona sul web, sui diritti delle coppie omosessuali, sulla c.d. “omogenitorialità”, sulla gestazione per altri, sui trapianti di utero in persone di sesso maschile, e chissà in futuro su cos'altro ancora. Vicende, queste, in cui la realtà sociale, supportata dalle conquiste della scienza sviluppatasi al suo interno, a ben vedere sembra essere essa stessa a produrre diritto, sempre più spesso per il tramite dei giudici (anche sovranazionali), anziché attraverso i tradizionali canali della politica, ormai fuggiasca nei confronti di questioni etiche di capitale importanza. In un certo senso, infatti, sembra possibile potersi sostenere che in casi come quelli

zionale dell'ordinamento di riferimento. Più in generale, opportune poi appaiono le riflessioni di A. LOIODICE, *Valori costituzionali e diritto naturale: spazi per gli argomenti dell'interpretazione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1966, quando afferma che, in ogni caso, «laddove si commette l'errore antropologico di collocare, non l'uomo, ma altra entità nel punto focale delle iniziative, delle azioni e delle decisioni, lì si commette anche un errore giuridico».

⁹ Il riferimento è a C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

¹⁰ K.R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, New York, 1968, rispettz. 29 e 47 (trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970).

¹¹ B. APPELBYARD, *Understanding the Present: Science and the Soul of Modern Man*, New York, 1993, 191.

¹² O. SKINNER, *Vision of Politics*, Cambridge, 2002, 1 (trad. it. *Virtù rinascimentali*, Bologna, 2006).

¹³ Così G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 235 (corsivi aggiunti).

¹⁴ Le incisive espressioni sono di R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, rispettz. 1, 3 e 4.



citati, ossia in vicende giudiziarie «scientificamente connotate», non sia tanto il giudice a creare diritto – il quale, per quanto lo si voglia biasimare, non può che registrare la “contumacia” del legislatore dinanzi ai nuovi orizzonti dischiusi dalla scienza – quanto la stessa realtà sociale a produrlo “dal basso”, rinvenendo argomentazioni giuridiche da portare *sub iudice* oltre che nei lacunosi interstizi delle disposizioni normative, anche nella letteratura scientifica in grado di ampliare la sua sfera di libertà costituzionali¹⁵.

Venuta meno quella «unità (potenziale) di senso» della Costituzione che in origine poteva riscontrarsi nelle dottrine «dei nostri maestri», in cui la Carta fondamentale era ancora un «progetto che aveva da essere realizzato», nel tempo presente si sono moltiplicati gli stessi «metodi d’intendere l’interpretazione della Costituzione». Che piaccia o meno, siamo infatti nel pieno del «tempo dell’ermeneutica» in cui, senza più alcuna remora, senso e significato dei principi costituzionali variano a seconda del contesto e della comprensione che dei principi stessi hanno gli interpreti-applicatori. Del resto, «prima o poi era naturale che ciò accadesse. Lo stesso tempo trascorso e la scomparsa dei padri avrebbe comunque provocato questo rovesciamento»¹⁶.

Tornano qui in mente le classiche domande – tuttora attualissime – che hanno impegnato gli studiosi sin dai primi momenti del sorgere del costituzionalismo moderno: può una generazione dominare su quelle successive e, per così dire, occupare normativamente il futuro? Non è forse questo il potere dei morti sui vivi?

Come noto, già Sieyès, nel solco tracciato da Rousseau (*Du contrat social*, 1762, I/7, III/18) e d’accordo con le richieste di Condorcet, sosteneva la necessità di determinare dei punti temporali fissi oltre i quali il popolo avrebbe dovuto rivedere e rinnovare la propria Costituzione. Ancora più efficacemente Thomas Paine (nel suo Trattato *Rights of man*) bollò come la più ridicola e sfrontata di tutte le tirannie la vanità e la presunzione di voler continuare a governare, attraverso un documento scritto di durata illimitata, oltre la tomba. Ma l’esposizione concettualmente più acuta e meditata del problema appare forse quella dell’autore della Dichiarazione di indipendenza americana, a suo tempo ambasciatore in Francia e più tardi terzo presidente degli Stati Uniti: Thomas Jefferson. Egli, in una lettera redatta a Parigi (datata 6 settembre 1789) indirizzata a James Madison, pose l’accento sul fatto che nella realtà non possa esistere né una Costituzione né una legge eterna, perché la terra appartiene alla generazione vivente. Se Costituzione e leggi fossero applicate al di là della durata di una generazione, ciò avverrebbe solo con la violenza e non sulla base del diritto. Come spazio temporale concreto per l’esaurimento del consenso legittimante, Jefferson, sulla base delle statistiche di mortalità, indicava 19 anni. Dopo quel termine, infatti, di quelli che avevano fatto parte della generazione fondatrice solo meno della metà sarebbe rimasta ancora in vita, e sarebbe pertanto mancata alla Co-

¹⁵ ...specie attraverso consulenze tecniche e perizie. Sulla capacità del dato scientifico di trasformarsi in dato normativo, si veda S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, spec. 427 ss.; Id., *Giudice “Erocole” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in *Forumcostituzionale.it*, 17 dicembre 2015.

¹⁶ Le citazioni sono di G. ZAGREBELSKY, *Modi d’intendere l’interpretazione della Costituzione*, in Id., *Intorno alla legge*, cit., 297-298.

stituzione che avesse continuato ad esistere la maggioranza richiesta per restare legittimamente in vita¹⁷.

Oggi poi, a tali difficili interrogativi, in realtà sarebbe forse opportuno aggiungerne uno ulteriore e più specifico: possono ancora avere una qualche forza normativa di resistenza i limiti posti da una Costituzione a poteri nel tempo geneticamente mutati? In altre parole, può una Costituzione sorta in un momento in cui i poteri non erano ancora soggetti all'influenza dei repentini risvolti dell'economia globale e delle conquiste scientifiche, continuare ad assolvere efficacemente le stesse funzioni?¹⁸

Considerata l'enorme vastità e complessità delle tematiche che entrano in gioco, le brevi riflessioni che seguono avranno ad oggetto un circoscritto campo di indagine, dacché intendono concentrare l'attenzione su tale precipuo aspetto: sulla possibilità che le neuroscienze possano, in materia di fonti del diritto, essere uno strumento valido per far emergere l'importanza del «diritto muto» teorizzato da Rodolfo Sacco, ossia di quella dimensione “sommersa” del diritto, esistente da sempre in ogni società umana, in grado di fornire un affresco meno astratto e formale della realtà normativa¹⁹.

2. La “sommersione” del diritto muto

Che assieme alla legge dei giorni nostri sia sempre esistito un diritto diverso, ossia un diritto sostanziale che precede e possa andare ben oltre le cristallizzazioni formali del moderno legislatore razionale-occidentale, è ormai un fatto piuttosto noto²⁰. Forse così tanto noto che, per dirla con Hegel, «non è conosciuto»²¹. L'*Antigone* di Sofocle, per alcuni il testo fondativo della nostra civiltà giuridica, è un esempio colto e fascinioso, assai ricorrente negli scritti della dottrina, di «diritto non scritto»²²: il con-

¹⁷ Maggiori precisazioni in H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat* (trad. it., *Lo Stato costituzionale moderno*, Napoli, 2011, 23 ss.).

¹⁸ Di tali non facili questioni è tornato di recente ad occuparsene G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, il quale non ha mancato di rilevare che «la realtà dei processi di trasformazione in atto non sembra indirizzarsi verso l'affermazione di un «superiore» ordine costituzionale del mondo; ciò che invece può scorgersi è un processo di dispersione nel mondo della «forza» delle costituzioni, con la sua conseguente perdita di absolutezza e il suo sostanziale indebolimento, una fluidità ed elasticità dei rapporti costituzionali transnazionali (che investe pienamente anche il livello costituzionale nazionale), che rischia di trasformare il diritto superiore a ogni altro in un diritto debole» (p. 142). Sempre in argomento poi, si vedano i saggi raccolti da G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996.

¹⁹ Sul non semplice concetto di «fonte muta», oltre all'opera citata nella nota n. 3, si veda R. SACCO, *Il diritto non scritto e l'interpretazione*, in G. ALPA, A. GUARNIERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO (a cura di), *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, rispettz. 5-78 e 159-293; ID., *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, 175-208. Sempre dello stesso A., in lingua inglese, si veda, già, *Mute Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, 455-467.

²⁰ La stessa Costituzione repubblicana, specie a causa dei valori che tenta di positivizzare attraverso i principi, è stata correttamente intesa come una «norma sostanziale direttamente applicabile» in giudizio, quando manchi una legge che disciplini il caso da risolvere. Così R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 39-43.

²¹ La citazione esatta del pensiero di G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Milano, 1995, 85 è la seguente: «ciò che è noto, proprio perché è noto, non è conosciuto».

²² E' possibile ritrovare l'*Antigone* di Sofocle come esempio di diritto non scritto, anche nelle riflessioni di R. THOMAS, *Writing, Law and Written Law*, in M. GAGARIN, D. COHEN, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 41-42 e 50-52, ove peraltro si apprende che la redazione scritta del diritto greco iniziò ad essere considerata necessaria intorno alla fine del V secolo a.C., ma i testi che ci sono pervenuti distinguevano fra i testi stessi («il diritto scritto») e il diritto non scritto, spesso trasmesso mediante salmodie.



trasto tra il diritto impersonato da Antigone, «diritto profondo e stabile che rispecchia i legami sociali», e «l'artificiale e mutevole legge dello Stato» incarnata da Creonte, altro non suggerisce al giurista che l'esistenza di un diritto necessariamente «a due lati», composto da «*ius* e *lex*», ove lo *ius* (che oggi sembra doversi identificare con la materialità di valori e principi costituzionali) da sempre convive con la *lex*, quasi come fosse un fatto innato nell'uomo, deputato ad impedire le possibili degenerazioni di un qualsivoglia nomoteta a scapito delle classi subalterne al suo potere. In altre parole, la «legalità, quale corrispondenza delle condotte umane alla legge», non è l'unica «unità di misura» di cui dispone il giurista. Prima, accanto e sopra di essa, esiste la «legittimità» che, sempre in un'ottica di diritto positivo, nel momento storico attuale è una categoria i cui contenuti costituiscono l'essenza dei principi costituzionali. Come è stato detto, la Costituzione democratica, «nel suo senso più profondo, può dirsi un tentativo di restaurare la legittimità del diritto, accanto alla sua legalità», provando a mettere fine a quel periodo inaugurato dalla Rivoluzione francese in cui apparentemente «la silenziosa sacralità del diritto è stata soppiantata dalla verbosa esteriorità della legge»²³.

Se poi si sposta l'attenzione sugli studi della dottrina comparatistica, è possibile acquisire lucida consapevolezza del pesante logoramento di gran parte delle categorie giuridiche e politiche – a cominciare dalla teoria formale delle fonti – sulle quali la modernità occidentale ha edificato la sua concezione del diritto²⁴.

Difatti, se in generale una teoria non appare altro che una costruzione concettuale che deriva da una specifica tradizione di pensiero, ogni concezione del diritto risalente alla tradizione di pensiero occidentale e razionalista non può che apparire come “una” – non già la sola – prospettiva attraverso la quale studiare e analizzare nel complesso il fenomeno giuridico. Per avvedersi di quanto spesso si sia “vittime” inconsapevoli delle logiche esclusive della cultura giuridica di appartenenza, è sufficiente leggere le riflessioni di Patrick Glenn sulle tradizioni giuridiche del mondo. Dai suoi studi è possibile apprendere, invero, che non solo i modi di produrre il diritto sono assai diversi ma, soprattutto, che le molteplici tradizioni giuridiche esistenti «sono interconnesse», che tutte hanno strutturalmente una «natura indefinita e incompleta». Condizioni, queste due ultime, che non consentono di affermare la «purezza» di nessuna tradizione, né, tantomeno, l'assoluta «egemonia» di una di esse sulle altre. Al più, ciò che sembra potersi rilevare con una qualche certezza storica, è semmai la loro conti-

²³ Le citazioni e i riferimenti alla tragedia sofoclea sono tratti da G. ZAGREBELSKY, *Diritto e legge*, in Id., *Intorno alla legge*, cit., 5-21.

²⁴ Il tema delle fonti del diritto, costituendo una parte fondamentale del diritto costituzionale, è stato trattato da moltissimi studiosi in vari lavori scientifici. Non potendo qui riportare un elenco completo della vastissima letteratura, tra le opere recenti di carattere monografico che espressamente si occupano del tema, si veda, T. GROPPI, A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2013; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. GALGANO), *Disposizioni sulla legge in generale artt. 1-9*, Bologna, 2011; M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, op. cit.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Padova, 2009; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2005; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; V. RIZZO, *Fonti del diritto, interpretazione ed applicazione della legge*, Camerino, 1991.

nua mescolanza che però, di riflesso, quasi mai rende nitide, agli occhi dello studioso, le origini e gli sviluppi dell’oggetto indagato²⁵.

Ciò significa che in nessun ordinamento attualmente vigente è possibile individuare, con esattezza, una porzione di diritto esclusivamente originato in quel sistema. Ad esempio, e solo per riportare un caso inerente al nostro modo di concepire il diritto, spesso si ignora che «gran parte della storia della tradizione di civil law è inestricabilmente legata a quella della tradizione giuridica ctonia» (*id est* consuetudinaria dei popoli aborigeni). Lo stesso codice civile francese del 1804, largamente emulato nel mondo, stando al suo linguaggio e alla sua struttura «dovette realizzare un compromesso fra un meridione francese più marcatamente romanistico e un nord più ctonio». Tutt’oggi la tradizione giuridica ctonia «è in qualche modo tenuta in vita dai Saami, nella Scandinavia del nord ed in Russia»²⁶.

Queste pur brevi considerazioni, a mo’ di cappello, consentono di meglio introdurre le complesse riflessioni di Rodolfo Sacco sull’«*alpha* del diritto», ovvero sulla «diritto muto», anch’esso storicamente mai «immutabile e definitivo», «naturale» solo perché «praticato in modo istintivo», non «legittimato» né dal «soprannaturale» né dalla «ragione» ma, semmai, a cominciare dai tempi del «paleolitico superiore», dalla «forza» di gruppi «egemoni» sul resto della comunità sociale²⁷.

Difatti, gli strali che inizialmente l’Autore sembra lanciare alle concettualizzazioni giuridiche occidentali, sono diretti a minare l’attendibilità di tutte quelle dogmatiche che corroborano l’idea dell’esistenza di un diritto scritto riconducibile esclusivamente alla volontà degli organi dello Stato («l’*omega* della macrostoria giuridica»²⁸), escludendo, peraltro, il contributo dell’interprete-applicatore dal novero delle fonti del diritto²⁹.

²⁵ Cfr. H. PATRICK GLEEN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford-New York, 2010 (trad. it. *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, spec. 23-113). Quanto al numero delle tradizioni giuridiche tra di loro «interconnesse», l’autore ne individua sette: a) quella ctonia o dei popoli aborigeni; b) quella ebraica; c) quella dell’Europa continentale, ossia la nostra di *civil law* come la chiamano gli anglosassoni; d) quella islamica; e) quella di *common law*; f) quella indù e, infine, g) quella confuciana.

²⁶ H. PATRICK GLEEN, *op. cit.*, rispettivamente 241, 245, 239. Sul diritto europeo che, fra l’XI e il XIII secolo (gli arabi avevano intanto occupato larga parte del bacino del Mediterraneo, compresa la Spagna), sperimenta la «recezione» del diritto islamico, oggi «a mala pena riconosciuta ed ancor meno indagata», si veda poi H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg, 2004, 193 ss.

²⁷ Le espressioni citate sono rinvenibili in R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 108-120. Durante il «paleolitico inferiore» l’A., senza con ciò dare alcun credito ad ireniche teorie sullo stato originario di natura (espressamente contestate), immagina invece l’esistenza di un diritto naturale «praticato in modo istintivo in una società ove la contrapposizione di interessi non dà luogo a contrasti, dove cioè gli interessi diversi della donna, dell’uomo, gli interessi diversi dell’adulto, del bambino e dell’anziano non danno luogo a rivendicazioni inascoltate» (p. 112). Le cose si complicano, sempre secondo le analisi del Sacco, «a far tempo [...] dall’inizio del neolitico», quando «il sorgere dell’agricoltura e della pastorizia» inizia a determinare la «nascita di situazioni sociali antagoniste» (p. 106, ma si veda, anche, p. 113, in cui si evidenzia, con il radicarsi delle «prime culture urbane», la nascita dei «conflitti sociali» e la progressiva trasformazione del diritto istintuale in diritto «prodotto di scelte», frutto di una «volontà»). Resta il fatto che «se la parola *diritto naturale* non venisse già adoperata con altro senso, e altre implicazioni, si dovrebbe chiamare *diritto naturale* il diritto che ci è stato trasmesso con il DNA, e noi trasmettiamo con il DNA» (p. 128).

²⁸ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 114 (anche se, come specificato dallo stesso A., «in ogni caso il diritto razionale dell’illuminista non è l’*omega* di nulla. E’ la più nobile di tutte le illusioni; è una tappa cui altre, imprevedibilissime, seguiranno»).

²⁹ La dottrina costituzionalistica italiana, sul punto sembra pressoché pacifica. Tra gli studiosi più autorevoli, ad es., si veda M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista*



Secondo Sacco, invero, «il giurista dotto individua, come fonte principale, immediatamente giustificata, la legge: la dichiarazione di volontà proveniente dall'autorità». Molti dei giuristi contemporanei «menzionano a voce alta la legge» e, al più, «aggiungono a voce bassa la consuetudine, non senza sottolineare ch'essa è piena di difetti, perché dipende da un'elaborazione troppo lenta e perciò è fatalmente arretrata [...]. Il giurista, infatti, è convenzionale, e parte dalla costituzione, che ama regolare la produzione di leggi, decreti e referendum, e ignora il *diritto spontaneo* – il quale, proprio perché spontaneo, non ha bisogno di chiedere nessuna legittimazione a nessuna costituzione». Coticché, «la dottrina declamante ama sposare nelle definizioni legge e diritto, ma poi il discorso che si conduce sull'interpretazione, sullo spirito del diritto, sulla realtà sociale si apre a tante verità aggiunte, che rispondono a denominazioni familiari ad ogni giurista [...]. Queste verità aggiunte (ossia, secondo l'A., il diritto vivente, il diritto *in action*, l'effettività, il diritto spontaneo, la natura delle cose, il realismo) parlano di un *diritto applicato diverso dal diritto scritto*. Parlano di un diritto spontaneo, dunque consuetudinario, dunque muto».³⁰

Nelle riflessioni del Sacco sono evidenti, tra le altre, le influenze della scienza antropologica (per l'A., «l'antropologo del diritto è un giurista»). Difatti l'antropologia giuridica «ci insegna a distinguere due forme di società. Conosce una «società a potere diffuso», più semplice, e una «società a potere centralizzato», più complessa». Come è facilmente intuibile, le società moderne (non solo occidentali)

AIC, n. 3/2012, il quale attribuendo precipuo rilievo al dato testuale nel cruciale momento della interpretazione-applicazione delle disposizioni normative, giunge persino a mettere in discussione la crisafulliana – fondamentale – distinzione tra «disposizione» e «norma» (cfr. ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss.). Non poco diverse, invece, le conclusioni a cui è giunta la dottrina nel secolo scorso. Si pensi, tra i più sensibili, a T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 134 ss., il quale realisticamente ha precisato che poiché «l'applicazione della legge dipende dal modo in cui essa viene interpretata non in astratto sibbene in relazione al fatto di cui si controverte, ecco che il giudice è immesso nella realtà sociale in cui vive ed opera», divenendo «egli stesso un *operatore politico*» (quasi a voler mettere in evidenza la necessaria creatività dell'interprete-applicatore, corsivo dello scrivente). Parla invece di precedente giudiziario come di una fonte «persuasiva», tra i vari autori, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, op. cit., 723 ss. Il discorso cambia, però, se si approfondiscono gli studi di filosofia, di teoria generale del diritto, oltre che di linguistica, stando ai quali, senza rischiare di cadere in errore, è ormai possibile sostenere che *non esista un significato oggettivo del testo*. Basti qui, tra i massimi studiosi di linguistica, citare N. CHOMSKY, *La conoscenza del linguaggio*, Milano, 1989; F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari, 1992. Anche i più autorevoli teorici del diritto concordano con la necessaria creatività dell'attività interpretativo-applicativa. E' sufficiente, qui, rinviare a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 386-389, il quale precisa che, sul piano «qualitativo», non esiste alcuna distinzione tra giurisdizione e legislazione. Entrambe sono attività «volitive» e non «conoscitive», in quanto il giudice «crea» diritto esattamente come il legislatore, con la differenza – «quantitativa» – che quest'ultimo ha semplicemente «una libertà molto più vasta di quella» del giudice; e C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 2013², 211-223, il quale a monte rileva che, nella realtà storica, si presentano continuamente commistioni e combinazioni tra poteri, perché ad ogni sistema politico appartengono inevitabilmente tanto la «legislazione» che la «giurisdizione», tanto il «governo» che l'«amministrazione». Coticché elementi di legislazione, di giurisdizione e di amministrazione, sono tutti assieme sempre rinvenibili in ogni singola manifestazione di potere statale, specie quando tale potere è diretto – in ultima istanza – ad incidere sulla sfera giuridica dei consociati attraverso la decisione di un caso concreto. Su tali argomenti, e per maggiori precisazioni, sia permesso, da ultimo, rinviare ad A. GUSMAI, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2016.

³⁰ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., rispet. 176-177, 180 e 182-183 (corsivi aggiunti).





sono quelle dotate di un potere centrale racchiuso nelle mani di un ente. Si afferma così «il diritto pubblico, nasce lo Stato»³¹.

Ma, ed è questo l'aspetto più rilevante dei suoi studi, in nessun luogo dove ciò è avvenuto, il diritto non scritto è scomparso. Riportando esempi del diritto cinese, di quello africano, oltre che del diritto appartenente alla cultura giuridica europea, del diritto bizantino, della legislazione giacobina, della pandettistica, dei sapienti del medio evo, ecc., Sacco lapidariamente aggiunge: il diritto muto è ancora oggi «vivissimo». Non è scomparso «perché in ogni ordinamento giuridico, accanto alla norma parlata, sopravvivono, poco visibili ma efficienti, reticolati di norme latenti, chiamate mezzi ermeneutici, concetti scientifici, principi generali, valori, crittotipi, diritto vivente, *law in action*, e così via; perché la norma parlata viene interpretata da umani dotati di un DNA e di una cultura, e il significato della norma parlata viene fissato, in definitiva, proprio in sede di interpretazione; soprattutto, perché la norma parlata – visibile, leggibile, udibile – ha un suo doppiante nascosto, muto, indelebile, presente nella cultura, nel DNA e nei *neuroni dell'uomo*, percepibile dal non giurista, dall'illetterato, dal bambino»³².

Pertanto, precisa il Sacco, «il diritto muto non è stato soppresso. E' lecito ritenere che il diritto muto non possa essere cancellato. Può essere negato, sì. Può essere chiamato con nomi nuovi [...]. Mutar nome non significa non esserci più»³³.

Resta, però, che i postulati della cultura giuridica occidentale di matrice razionalistica hanno prevalso³⁴. Il diritto scritto ha “sommerso” il diritto muto. Basterebbe leggere un qualsiasi manuale istituzionale (non solo di diritto costituzionale, ma anche di diritto civile, penale, amministrativo) per accorgersi che, nonostante i molti riferimenti alle «consuetudini», agli «atti taciti», «inespressi», «impliciti», ai «fatti concludenti», alle «società di fatto», all'«effettività», ecc., nessuno di essi dedica un

³¹ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 13, 28-29. Ma, anche, 140-143.

³² R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 149-150 (corsivo aggiunto); nello stesso senso, cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., 205.

³³ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 82.

³⁴ H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, Cambridge (Mass.), 1983, 112 ss. (trad. it. *Diritto e Rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 2006), ravvisa le origini del dominio del «razionale» nel pensiero occidentale a partire dal XII secolo, a seguito delle riforme cluniacensi dell'autorità religiosa e politica. Come chiarisce H. PATRICK GLEEN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, op. cit., 252, «le conseguenze che la tradizione giudaico-cristiana ha avuto sul diritto sono state enormi. Secondo la versione cristiana, non soltanto la persona umana era il centro del mondo – in quanto delegata di Dio e partecipe della ragione divina – ma il mondo stesso poteva essere conosciuto mediante la ragione, con l'aiuto della rivelazione, e la ragione umana (a differenza degli animali e delle piante) poteva essere messa all'opera per adempiere al disegno di Dio. Muovendo da questi presupposti, razionalisti religiosi come Cartesio, Grozio, Pufendorf e Locke svilupparono quei fondamenti di diritto umano che mancavano nella tradizione ctonia». Ancora oggi è possibile costatare l'importanza che la «ragione» (*recte*: la «ragionevolezza») ha per il giudizio costituzionale, al punto che alcuni hanno visto in essa il «principio architettonico del sistema». Così L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, Sez. II. Approfondiscono il tema, tra gli altri, R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. LA TORRE, A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2012. Il termine «ragionevole» poi, come noto, è entrato a far parte del lessico della Costituzione italiana, all'art. 111, con legge cost. n. 2/99. Su tale ultimo profilo, si veda, di recente, A.M. NICO, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, Bari, 2012.



esplicito capitolo (o anche solo un paragrafo) a tali manifestazioni «mute» di giuridicità³⁵. Del resto, come pure è stato efficacemente rilevato da altra dottrina, «di fronte alla ricchezza e alla complessità del fenomeno giuridico, i corsi fondamentali delle facoltà giuridiche tacciono. Un modello d'insegnamento che non incorpora il divenire del diritto, e le sue interrelazioni con esperienze altrui, ovviamente non incentiva la ricerca critica, neppure sul proprio sistema, e determina un inevitabile corto circuito scientifico»³⁶.

3. Ancora qualche precisazione sul diritto muto

Già da queste prime battute, se si presta attenzione ad alcune espressioni riportate nel paragrafo precedente, emergono elementi che lasciano intendere quanto la neurobiologia possa tornare utile alla scienza giuridica, a cominciare dalla teoria generale del diritto, sino a coinvolgere temi ontologicamente costituzionali come quello delle fonti normative³⁷.

Prima però di addentrarci in tale non facile campo di indagine, sembra opportuno, visto che se ne è fatto solo qualche cenno, tentare di spiegare meglio cosa sia il diritto muto; senza, s'intende, pretendere di svolgere alcuna spiegazione chiarificatrice delle tesi dell'Autore, di certo complesse, ma pur sempre di per sé già più che cristalline nella prosa. Chi ha letto le sue opere ne avrà contezza e si spera, anzi, possa perdonare, assieme all'A. stesso, le inevitabili semplificazioni che seguiranno, dettate dall'economia del lavoro.

Dalle opere citate di Sacco sembra potersi affermare, con sufficiente certezza, che il raggio d'azione del «diritto muto» non comprende soltanto la «consuetudine»³⁸. Va ben oltre. Infatti, il diritto muto,

³⁵ Lo evidenzia ancora R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 89 ss.

³⁶ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010, 216, nota 28. Sull'attuale declino d'influenza accademica e sulla crescita della *leadership* giudiziaria, si veda, già, G.P. MONATERI, *Shifting Frames: Law and Legal «Contaminations»*, in S. LENA, U. MATTEI, *Introduction to Italian Law*, 2002, 21 ss.

³⁷ Si pensi ai riferimenti, poco sopra riportati, ai «neuroni» e al «DNA» dell'uomo, alle pratiche «istintive», alla «natura», ma, come pure è possibile rinvenire direttamente nel testo, ancora a molti altri. Su tutti, il «sistema limbico», o i «centri di Broca» e di «Wernicke» (parti del cervello che, come risaputo, consentono l'elaborazione del linguaggio).

³⁸ Per il Sacco, sembra opportuno precisarlo, affinché la consuetudine si affermi, non è necessaria la contemporanea presenza dei due tradizionali elementi costitutivi. Infatti, a differenza di quanto sembra ritenere la dottrina maggioritaria, ognuno dei due costituenti (la *diuturnitas* e l'*opinio*) è per il Maestro singolarmente sufficiente a costituirlo. Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 25. Sul tema si è scritto molto e in vario senso. Per una più che sufficiente ricostruzione delle principali problematiche, si rinvia a G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 voll., Erlangen, 1829-37; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919; W. CESARINI SFORZA, *Ex facto oritur jus*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio*, Modena, 1930, 87 ss.; M. D'AMELIO, *Le consuetudini e il diritto nello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico.*, I, 1933, 520 ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, LIX, 1, 1939, 52-101; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; S. ROMANO, *Consuetudine*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 41 ss.; G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950; C.E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958; C. ESPOSITO, *Consuetudine. Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, artt. 1-9 disp. prel., Bologna, 1977; ID., *Consuetudine*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988, Roma; J. GILISSEN, *La coutume*, 4 voll., in *Recueils de la société Jean Bodin* (LI-LIV), 1988; ID., *Consuetudine*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988; P. HAGGENMACHER, *Coutume*, in *Archives*

«per essere muto, deve essere non verbalizzato»³⁹, mentre è risaputo che, storicamente, sono stati tanti i casi in cui il legislatore ha formalizzato con la scrittura – anche se spesso con esiti fallimentari⁴⁰ – tale manifestazione di diritto spontaneo. Si pensi alle c.d. «consuetudini regionali» (soprattutto alla Consuetudine di Parigi) che, dopo la celebre ordinanza di Carlo VII, furono obbligatoriamente messe per iscritto o, ai giorni nostri, agli «usi» commerciali raccolti dalle Camere di commercio italiane⁴¹.

L’attenzione si rivolge pertanto alla «scrittura» poiché, storicamente, le regole di convivenza hanno subito un «processo di verbalizzazione» che ha lentamente soppiantato quel modo «intuitivo» di vivere le regole proprio delle società più remote. A quei tempi, infatti, l’uomo era muto e comunicava «solo sulla base del *sistema limbico*, scaricando le proprie emozioni con grida inarticolate, gemiti, singhiozzi, risate [...]. Le pratiche sociali vincolanti dell’uomo muto costituivano un diritto muto»⁴².

L’acquisizione da parte dell’uomo del «linguaggio articolato» rappresenta perciò un primo momento di importante riflessione. Difatti è grazie ad esso che la stessa dottrina giuridica (si pensi, senza andare troppo indietro nel tempo, alle dogmatiche della pandettistica) ha potuto astrarre con la mente e costruire fattispecie giuridiche generalizzabili. Ha potuto, cioè, «pensare» di stabilire regole aventi la capacità di «programmare» la vita di relazione, al fine di poterla proiettare verso il «futuro»⁴³; a differenza di quanto invece avveniva per l’uomo dei primordi, costretto dalla sue inferiori capacità intellettive a vivere la normatività esclusivamente per soddisfare i suoi bisogni contingenti e primari (racogliere frutti e cacciare, creare una famiglia, difendersi). Un po’ come ancora avviene all’interno di alcune specie del mondo animale, i primi uomini imparavano a conoscere il proprio diritto in modo «istintivo», applicandolo «spontaneamente» attraverso la «cultura» sociale di riferimento in cui esprimevano la loro personalità. Una cosa infatti è «saper fare», altra è «saper ciò che si fa». Si pensi ad un uomo poco colto o ad un bambino che non conoscono le regole grammaticali che pure utilizzano per esprimersi. Lo stesso vale per la regola giuridica, al punto che «si può essere il più grande giurista della propria generazione senza che la mente conosca con chiarezza una sola categoria giuridica, e senza il possesso di un solo termine giuridico»⁴⁴.

Ciò che il Sacco fa notare è che il solo fatto di aver trascritto parte del diritto «pensato» (ossia concettualizzato, giacché «la parola sponsorizzò la logica»⁴⁵), non comporta una netta cesura tra diritto scritto e diritto muto, anche perché i processi di verbalizzazione del diritto possono iniziare senza giungere a conclusione: «tra la norma scritta e quella muta, tra l’atto scritto e l’atto muto troviamo

de philosophie du droit, t. 35, *Vocabulaire fondamental du droit*, Paris, 1990; P. GROSSI, *El punto y la línea* (lezione di dottorato tenuta a Siviglia), in *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 6, 1998.

³⁹ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 51.

⁴⁰ Sulla trasfigurazione che subisce il diritto non scritto una volta verbalizzato, R. MOTTA, *Breviario di antropologia giuridica*, Torino, 2013, 65 ss. Secondo Sacco «la traduzione della norma consuetudinaria in formule linguistiche chiare e precise prelude alla loro sclerotizzazione e quindi al loro deperimento» (R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 135).

⁴¹ Sulle prime concezioni europee della legislazione quale semplice enunciazione di quel che era già vincolante, suscettibile di revoca mediante un cambiamento nella «consuetudine», cfr. J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, 1992, 139, 185 e 186 (trad. it. *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 2005).

⁴² R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 56, corsivo aggiunto.

⁴³ In tal senso cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, 95 ss.

⁴⁴ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 68-73.

⁴⁵ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 113.



zone grigie»⁴⁶ e, «in ogni caso, fra il diritto sprovvisto di ogni traccia di verbalizzazione e il diritto compiutamente verbalizzato non passa una sottile frontiera, sì che ogni esperienza reale si trovi al di qua o al di là della linea divisoria. No! Tra l'una e l'altra area si trova uno spazio immenso, dove verrà collocato quel diritto che ha iniziato, e non completato, il processo che potrà condurlo alla verbalizzazione»⁴⁷.

Non solo. Portando alcuni esempi di diritto privato come quello dell'«occupazione» di *res nullius*, della raccolta dei funghi e delle more selvatiche, l'A. rende evidente l'importanza che per la genesi del fenomeno giuridico ha «l'atto di esercizio del diritto», ossia il «fatto materiale» che di per sé «è muto», costituendo un logico antecedente rispetto al diritto scritto, ossia alla «qualificazione concettuale fabbricata dal pensiero». In altri termini, discutendo i modi di acquisto della proprietà, Sacco mostra come il semplice assumere il controllo fisico della cosa non appartenente ad alcuno, non indichi di per sé la volontà di divenire proprietario della cosa, come statuito dal diritto civile. Qui «il diritto è una ridondanza del fatto», nel senso che di per sé «una volontà di acquistare il diritto (di proprietà) potrà esserci (e, se ci sarà, si manifesta la «ridondanza»», ma non è direttamente rivelata dall'occupazione. Invero ciò che è mero fatto ci consente solo di inferire che l'agente vuole porre in essere quel fatto, e quegli eventi che siano conseguenze inevitabili o almeno normali di quel determinato fatto (l'occupazione) [...]. Il rapporto giuridico, la vicenda acquisitiva della proprietà, non appartengono al mondo del fatto o dell'evento; appartengono al mondo – spirituale e programmato – del diritto». Ecco che allora, riportando al centro dell'attenzione la condotta umana del soggetto («il fatto materiale»), si scopre che all'origine del diritto «la fonte è una norma non scritta», «muta», sopra la quale sono poi state costruite nel tempo una serie di sovrastrutture concettuali (oggi rappresentate dal diritto positivo) che paiono aver “sommerso”, come pure si è accennato nel paragrafo precedente, tale realtà fattuale della dimensione giuridica⁴⁸.

Questa centralità del «fatto» all'interno della dimensione giuridica, così come il riconoscimento e la legittimazione di una normatività sociale anche oltre il diritto prodotto dall'autorità legislativa, sono del resto attestazioni in qualche modo conosciute dalla giuspubblicistica più attenta. Certo, non si rinviene alcun riferimento esplicito al «diritto muto», ad un «fatto» che con l'«esecuzione» si «auto-justifica» come normativo di per sé⁴⁹; ma si pensi alle memorabili parole di Santi Romano, di certo non proprio rassicuranti considerato il *mainstream* dell'epoca, proferite in occasione del “*Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910*” nella Regia Università di Pisa. Criticando infatti le «finzioni»⁵⁰ dello «Stato moderno», affermava: «...la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema

⁴⁶ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 58.

⁴⁷ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 54. L'A., peraltro, precisa che esiste un «diritto muto inattuato», ossia che non opera, rimane nascosto dentro la mente del soggetto.

⁴⁸ In tal senso, sembra esprimersi R. SACCO, *op. ult. cit.*, (le citazioni riportate nel testo sono rinvenibili alle pp. 89-103). Sull'«atto» e sul «fatto» normativo, per maggiori approfondimenti di ordine sistematico, cfr. A. PIZZORUSSO, S. FERRARI, *Le fonti scritte*, Torino, 1998, spec. 24, 36, 46, 69-70.

⁴⁹ R. SACCO, *op. ult. cit.*, 160-161. Nel diritto muto, infatti, non è l'«accadimento storico» (il «fatto») a scatenare l'applicazione del diritto. Il fatto, nel diritto muto, è di per sé già esecuzione con effetti giuridici, come ricordato poco sopra a proposito dell'occupazione.

⁵⁰ Sulle «finzioni giuridiche», già presenti nel diritto romano, cfr. J. HADLEY, *Introduction to Roman Law*, New York, 1907, 94 ss.



non consono ad essa [...]. *Il diritto pubblico moderno* dunque non domina, ma è *dominato da un movimento sociale*, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie»⁵¹. Così come si pensi alle riflessioni espresse, ancora una volta dal Romano, a proposito della possibilità che sia «legittimamente» il «fatto» ad «instaurare» un «ordinamento costituzionale». Egli afferma: «...Ora che *uno Stato non possenga il diritto* che regoli tutti i momenti della sua vita costituzionale, che di per sé ne sarebbero suscettibili, potrà sembrare, a prima vista, un'affermazione poco giuridica, ma che è però esattissima». Difatti, «*la trasformazione del fatto in uno stato giuridico* si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali». Pertanto, «esistente e, per conseguenza, *legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità*»⁵².

Anche nella dottrina contemporanea, come si è già accennato nel paragrafo introduttivo, non sono mancate argomentazioni sensibili che, proprio a partire dalle riflessioni romane, hanno cercato di riportare l'attenzione sull'importanza del «fatto» (e, dunque, della «realtà sociale») nelle manifestazioni di giuridicità. Paolo Grossi, ad esempio, in molte occasioni ha rilevato che in un mondo in cui i testi normativi intendono monopolizzare ogni espressione di normatività, è opportuno ricordare che «il momento rilevante è il fatto della vita intorno al quale e per il quale il testo è interrogato dall'interprete»⁵³. Il testo, infatti, «non è una realtà autosufficiente ma anzi incompleta e incompiuta, la quale attingerà completezza e compiutezza soltanto grazie alla sua interpretazione; la quale non può risolversi in una operazione meramente conoscitiva ma è comprensione, nel preciso senso di intermediazione fra il messaggio del testo, estraniato dal divenire per la immobilizzazione del comando scritto, e l'attualità dell'interprete con il suo patrimonio di convinzioni proprie alla sua contemporaneità»⁵⁴.

Anche solo questi argomenti, pertanto, appaiono dare un certo rilievo all'invito che il Sacco sembra fare ai giuristi più intransigenti di ripensare le funzioni e il ruolo dell'organo giurisdicente, esortandoli a costruire «una dottrina delle fonti, tale da giustificare l'interpretazione integrativa». E in questo, come meglio si cercherà di precisare tra poco, anche la neurobiologia potrà offrire un validissimo contributo scientifico, se è vero – come sarà vero almeno finché l'uomo non diverrà un asfittico *robot* – che «l'interprete svolge la sua opera assistito da un *bagaglio di esperienze informazioni emozioni previe*, che gli fanno «precomprendere» il significato del testo»⁵⁵ all'interno di «contesti sociali» capaci di per sé di esprimere normatività⁵⁶.

⁵¹ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 14-15 (corsivi di chi scrive).

⁵² S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, op. cit., rispettivamente 70 e 97 (corsivi aggiunti).

⁵³ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2010, 109. In merito alla «pressione» della realtà sociale sull'apparente «graniticità» delle disposizioni normative, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 237 ss.

⁵⁴ Così, ancora, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 35. Per posizioni contrarie, oltre ai lavori *supra cit.* di M. LUCIANI, si veda, anche, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, spec. 9, 83-84, il quale ritiene che l'interpretazione giuridica sia un'attività che attiene alla mera «conoscenza» del diritto, non già alla sua «valutazione» o «integrazione».

⁵⁵ Le citazioni riportate sono, ancora una volta, di R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 49 (corsivo aggiunto). Sono evidenti, qui, le aperture che l'A. fa alle tesi dell'ermeneutica giuridica, anche se, a differenza di molti sostenitori



4. La “emersione” del diritto muto attraverso le neuroscienze: alcune riflessioni conclusive sulla interazione con il sistema delle fonti

Giunti a questo punto appare opportuno contestualizzare le analisi del Sacco, provando a saggiarle sotto le luci dei riflettori della realtà contemporanea visto che, condividendo le sue riflessioni, sembra doversi ritenere che «il diritto muto esiste da quando esiste l'uomo, e da allora non ha mai cessato di esistere»⁵⁷.

Sacco ricorda che durante l'età della pietra il diritto era muto e veniva prodotto nei contesti sociali dall'*istinto* e dall'*intuito* dell'uomo. La *fonte del diritto*, in tale epoca, era il risultato immediato dell'attività «neuronal», «genetica» e «culturale» degli umani organizzati in formazioni sociali primordiali come la «famiglia». Rileva, inoltre, che le fonti sono state in gran parte positivizzate dal diritto pubblico in un crescendo sempre più intenso, attraverso le concettualizzazioni derivanti dall'uso della lingua, la conseguente nascita delle dogmatiche dei giuristi di professione e, da ultimo, il sorgere degli Stati. Infatti, nella contemporaneità, esse vengono studiate partendo da un elenco formale di atti nel quale la loro originaria mutezza, insita nel DNA dell'uomo, ha perso gran parte del suo rilievo⁵⁸.

Si pensi, ora, alla decisione presa ai giorni nostri dall'uomo in veste di giudice su un tema mai affrontato in precedenza né dal legislatore né, tantomeno, da altri suoi colleghi. Stando al diritto positivo, di certo abbiamo un dato: il giusdicente è tenuto a decidere. Vale la regola scritta del *non liquet* che,

di tali dottrine, il Sacco chiaramente riconosce un diritto che va ben oltre i testi legislativi, mai riconducibile a questi ultimi tramite sussunzioni e sillogismi aristotelici (se ciò accade, il diritto «muto» cessa di essere tale, e si trasforma in diritto «scritto»). Si tratterebbe dunque di un diritto che, oltre ad essere «muto», è anche fisiologicamente «creativo». Sulle nozioni, già heideggeriane, di «precomprensione» e di «circolo ermeneutico», si veda H-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (trad. it. *Verità e metodo*, Milano, spec. 312 ss.). Inoltre, si vedano, almeno, gli studi J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M. (trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983); M. BARBERIS, *L'ermeneutica*, in *Filosofia del diritto. Una introduzione storica*, Bologna, 2000, spec. 87 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, spec. 211 ss.; M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2004, 99 ss. Sulla fisiologica co-produzione normativa che si realizza nella realtà della dimensione giuridica tra legislatori e giudici, sia permesso rinviare, ancora una volta, ad A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., spec. 87 ss.

⁵⁶ Nella giuspubblicistica, evidenziava l'importanza dei «contesti sociali» C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1982, 18 ss., secondo il quale «fra il sistema delle fonti (detto anche diritto teorico) e il diritto (o diritto vivente: su cui vedi C. cost., n. 70 del 1982) v'è una coincidenza soltanto parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge ad elementi in parte estranei, costituiti dai c.d. contesti sociali; cioè da concetti presupposti ed ai quali le fonti rinviano usando termini il cui significato è determinabile in base a nozioni di comune esperienza, ovvero scientifiche, tecniche, morali e persino politiche (v. in proposito C. cost., nn. 90 del 1966, 49 e 141 del 1980); concetti che possono oltretutto mutare nel tempo (per es. quello di buon costume)».

⁵⁷ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 108.

⁵⁸ E' interessante ricordare che per il Sacco la stessa Costituzione «non ha detto di voler abrogare le consuetudini preesistenti». In particolare, specifica l'A. implicitamente mettendo in discussione gli studi della dottrina maggioritaria sulle fonti del diritto, «la Costituzione ha un rango altissimo, certo; ma nessuno ha ancora dimostrato che essa abbia abrogato le consuetudini fino allora vigenti, né che sia inattaccabile dalle consuetudini; nessuno ha neppure dimostrato che il rango della consuetudine non sia più alto di quello del diritto voluto dal potere». R. SACCO, *op. ult. cit.*, 153.

però, se si ha riguardo alle dinamiche processuali, sembra quasi suonare come una sorta di contraddittoria ammissione di impotenza dello stesso ordinamento formale, dinanzi alla forza delle dinamiche normative prodotte incessantemente dalla realtà sociale⁵⁹.

In questa ipotesi sempre più frequente nella pratica, come decide il magistrato? Dove trova le sue argomentazioni per dirimere la controversia? La risposta che sino ad oggi è apparsa ai giuristi essere più in linea con le dogmatiche tradizionali è stata quella che – nonostante le evidenti aporie – ha ravvisato, nella forza generatrice dei principi costituzionali, la giustificazione all’ingresso di «nuovi diritti»⁶⁰. In sostanza, e in estrema sintesi, si è detto da più parti che la struttura «aperta» di tali disposizioni, consentirebbe ai magistrati operazioni ermeneutiche idonee non già a produrre nuovo diritto, bensì a dichiarare, «a rime obbligate», quanto in realtà avrebbe già previsto, seppur in modo «indeterminato», il testo stesso della Costituzione. Insomma, parafrasando Vezio Crisafulli, la norma creata dal giudice attraverso la manipolazione della legge sottoposta al suo giudizio (o direttamente applicando i principi costituzionali), non deriverebbe da un’inammissibile opera di legislazione, bensì da un’attività di interpretazione il cui contenuto è semplicemente «dichiarato» (non creato) dall’interprete-applicatore. Pertanto, se di creazione di nuovo diritto si volesse parlare, dovrebbe al-

⁵⁹ Ne era perfettamente consapevole anche il maggiore esponente del normativismo novecentesco, Hans Kelsen. Non potendo il giudice denegare giustizia, egli spiega perché persino le sentenze totalmente infondate devono per l’ordinamento ritenersi valide una volta passate in giudicato. Infatti, la doverosa «interpretazione autentica» – che per lo studioso della Scuola di Vienna è semplicemente l’interpretazione del giudice chiamato ad applicare le disposizioni, provocatoriamente equiparando così il valore dell’interpretazione del decidente a quella «autentica» del legislatore – può realizzare «non soltanto una delle possibilità rivelate dall’interpretazione teorica della norma da applicare», ma «può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare». Il «principio del passaggio in giudicato statuito da un ordinamento giuridico positivo ha come conseguenza la validità della norma individuale statuita dall’organo applicante il diritto», anche se questa «non è conforme a una norma generale». Così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, op. cit., 387-388; ID., *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, 404. Su alcune delle contraddizioni dello studioso praghese, si veda, da ultimo, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016.

⁶⁰ ...notoriamente attraverso l’art. 2 della Carta repubblicana. Possibilità, questa, come noto divenuta concreta a cominciare dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, allorché la Corte cost. ritenne maturi i tempi per accertare giudizialmente l’esistenza di «un elenco aperto» di diritti, utilizzando gli «strumenti dell’interpretazione storico-evolutiva». In merito, cfr. la relazione del presidente F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 179. Non a caso, in dottrina, è stato detto che l’art. 2 Cost. è una «fonte di produzione di norme costituzionali amministrata dalla giurisprudenza». Così M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma, 2009, 51. Condivisibili, poi, appaiono le opinioni di chi ritiene che «l’espressione un po’ equivoca e tanto discussa impiegata dall’art. 2 Cost. [...] potrebbe essere riletta proprio in questo senso: la Costituzione ‘riconosce’ i diritti che di fatto sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo, e affermati come fondamentali. Non si tratterebbe quindi di un riconoscimento di diritti ‘precedenti’, come vorrebbe la lettura più o meno dichiaratamente giusnaturalistica, ma delle rivendicazioni che emergono di continuo dalla società e chiedono riconoscimento» (R. BIN, *Processi gi-sgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 2015, n. 4, 15). Per approfondire tali problematiche, cfr., almeno, A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975, spec. 50 ss.; A. RUGGERI, «Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1993, 629 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; e, più di recente, A. BARBERA, *I “nuovi diritti”. Attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 19 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2006.



meno soggiungersi che si tratta di una legislazione «a rime obbligate», poiché i giudici non inventano nulla (e non possono inventare nulla) che, almeno allo stato latente, non sia già presente nell'ordinamento⁶¹.

Tralasciando considerazioni in merito all'artificialità di un tale modo di intendere il prodotto dell'attività degli organi giudiziari⁶², così come pure mettendo da parte il fatto che ormai i giudici svolgano la loro funzione avendo come parametro anche il testo di Carte – e l'interpretazione di Corti – sovra e inter-nazionali⁶³, i quesiti a cui in questa sede interessa rispondere si arricchiscono di ulteriori interrogativi: è possibile affermare che il giudice motivi le sue decisioni in modo perfettamente razionale, trovando esclusivamente ragioni consapevoli all'interno di un ordinamento giuridico? In altre parole, possiamo avere la certezza che nella sua decisione non giochino un ruolo fondamentale anche (quando non soprattutto) altri fattori quali esperienze personali, informazioni provenienti da altri rami del sapere, inopinate intuizioni generate in assenza di concentrazione sulla riflessione giuridica, un determinato bagaglio genetico e, quindi, in ultima istanza, una certa attività di funzionamento del sistema nervoso centrale? Sarebbe pertanto scientificamente possibile, in definitiva, escludere dall'attività decisoria (contenuta nella motivazione della sentenza) l'influenza di alcune di quelle manifestazioni che il Sacco ha definito essere mute?

Qui neppure il giurista più dotto sembra poter adeguatamente rispondere in autonomia. Sia chiaro, potrebbe farlo – e sino ad oggi lo ha fatto costruendo finissime dogmatiche convenzionali – ma le sue attestazioni continuerebbero a rimanere prigioniere di un ragionamento meramente etico, dal sapore ideologico e politico, come tale privo di attitudine a fornire alle espressioni della realtà della dimensione giuridica un concreto fondamento scientifico di ordine teorico-generale⁶⁴.

Ecco che allora le neuroscienze sembrano poter assumere un ruolo importante in questa impresa, essendo forse in grado di far “emergere” alcune manifestazioni esistenti di diritto muto, magari utili a fornire ai giuristi le informazioni necessarie per avere una rappresentazione quanto più possibile reale del funzionamento degli ordinamenti giuridici. Nonostante l'eterogeneità di vedute al loro interno⁶⁵, gli studi neuroscientifici condividono un fondamentale programma comune: quello di compren-

⁶¹ Si veda V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 407 ss., il quale però sembra fare specifico riferimento alla forza «manipolativa» delle sentenze del giudice delle leggi. Resta il fatto, in ogni caso, che «il confine tra “rime obbligate” e la discrezionalità del legislatore (che non dovrebbe venire invasa) appare assai sfumato». Così E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2015, 55-56.

⁶² In merito, assai interessanti appaiono le analisi di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, il quale realisticamente ritiene l'attività del giudice chiamato ad interpretare e applicare le disposizioni normative governata dall'«entropia». Per alcune riflessioni sulla «positività “entropica” del diritto», può tornare utile il mio *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica*, cit., 9 ss.

⁶³ Tra i molti lavori che l'A. ha dedicato al tema, si veda, tra i più recenti, A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, fasc. III, 2015, spec. 790 ss. Se si vuole, si veda, anche, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 47 ss.

⁶⁴ In argomento, spunti interessanti in A. BIANCHI, *Neuroscienze cognitive e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in *Sistemi intelligenti*, n. 2/2010, 295 ss.

⁶⁵ Basti pensare, solo per rimanere al *neurolaw*, da una parte alle posizioni dei c.d. “deterministi radicali” o “hard”, i quali, negando l'esistenza del libero arbitrio, sostengono che una volta introdotte le neuroscienze nel campo della riflessione giuridica, si dovrà necessariamente giungere ad una rivoluzione degli ordinamenti (per tale posizione, si veda J.D. GREENE, J. COHEN, *For the Law. Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in S. ZEKI,

dere come il cervello renda possibili i fenomeni mentali ed i comportamenti umani. Come noto, i neurobiologi non indagano solo i rapporti tra cervello e mente, ma si sforzano di comprendere come la mente emerga dal suo substrato biologico, il cervello appunto. Ed è proprio per questa loro finalità comune che tali studi sembrano costituire una specola funzionale ad una eventuale migliore comprensione della realtà normativa⁶⁶.

Sino ad oggi, quantomeno in Italia, gli studi neuroscientifici sono entrati in diretto rapporto con il diritto, precipuamente al fine di provare la penale responsabilità di soggetti attinti dall'azione penale⁶⁷. Al di là dell'accertamento probatorio, le neuroscienze però potrebbero anche aiutare gli studi di teoria costituzionale a fare qualche passo in avanti, visto che, stando a quello che sostengono alcuni ricercatori, la «coscienza» non sembra più potersi considerare l'unico centro propulsore di atti volontari, avendo un certo peso nella determinazione del comportamento umano anche *componenti biologiche e neuronali*⁶⁸.

Per tornare ai quesiti suesposti e cercare una risposta, si potrebbe, ad esempio, esplicitamente chiedere ai neurobiologi se è scientificamente sostenibile ritenere che il magistrato possa, nei suoi giudizi, interpretare e applicare il testo delle disposizioni legislative senza aggiungere alcunché alla loro portata normativa originaria. Se, cioè, anche il giudice che intenda essere il più ossequioso possibile al dettato legislativo, al momento della decisione possa mantenere una «coscienza», per così dire,

O.R. GOODENOUGH (eds.), *Law and the Brain*, op. cit., 1775-1785); dall'altra, alle posizioni dei c.d. “compatibilisti”, i quali, rifacendosi all'elaborazione filosofica di Leibniz, Locke, Dennet e Hume, sostengono che il determinismo delle neuroscienze non sarebbe incompatibile con la libertà. Tale sapere scientifico, infatti, non minaccerebbe le basi del diritto, in quanto la legittimazione del diritto poggierebbe sulle convinzioni morali dei consociati, indipendentemente dal fatto che tali convinzioni rispecchino la realtà (in tal senso, S. MORSE, *New neuroscience, old problems*, in B. GARLAND (ed.), *Neuroscience and the Law: Brain, Mind, and the Scales of the Justice*, New York, 2004, 157-198). Per una più ampia ricostruzione delle diverse dottrine, si veda, di recente, il lavoro monografico di C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016.

⁶⁶ Non a caso, il dibattito internazionale sembra oggi essere focalizzato sul come le neuroscienze possano provvedere ad una effettiva e corretta amministrazione della giustizia. Si veda, in merito, O.D. JONES *et al.*, *Neuroscientists in court*, in *Nature*, 14, 2013, 730-736. Considerata l'importanza del tema, sembra non irrilevante ricordare che, nel 2013, la Commissione Europea ha finanziato il progetto “*Human Brain Project*” dal costo di 1.2 miliardi di euro (cfr. www.humanbrainproject.eu). Numerosissime poi, sono le fondazioni americane che continuano a creare luoghi d'incontro tra neuroscienziati e giuristi (come la *MacArthur Foundation*, la *Dana Foundation* e la *Kavli Foundation*).

⁶⁷ Come risaputo, tecniche di *neuroimaging* e indagini di genetica comportamentale sono entrate nelle aule giudiziarie italiane avvicinando, in questo modo, il sistema giudiziario del nostro Paese a quello degli Stati Uniti d'America. Si pensi alle varie pronunce in cui la “prova neuroscientifica” è stata invocata in giudizio a sostegno della richiesta di applicazione del vizio totale o parziale di mente. Cfr., ad es., Cass., Sez. I, 7 novembre 2012; Cass., Sez. I, 21 novembre 2012; Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009; Tribunale di Como, 20 maggio 2011; Tribunale di Venezia, 8 aprile 2013; Corte d'Appello di Venezia, 3 marzo 2014.

⁶⁸ A voler dar credito agli esperimenti del neurofisiologo statunitense *Benjamin Libet*, la presa di coscienza di un'azione volontaria avverrebbe quasi mezzo secondo dopo averla già eseguita, per cui l'esecuzione dell'atto voluto comincerebbe a verificarsi in forma – sia pure per pochissimo tempo – incosciente. Quasi fossimo, in sostanza, testimoni di decisioni che il nostro sistema nervoso prende per noi di volta in volta. Per maggiori approfondimenti, si veda E. BONCINELLI, *Mi ritorno in mente. Il corpo, le emozioni, la coscienza*, Milano, 2010, spec. 190 ss., ove si rinviene un'articolata sintesi dei risultati delle ricerche delle neuroscienze in tema di «coscienza».



normativamente «pura», in alcun modo condizionata da fattori di altra natura (biologica, culturale, linguistica, neuronale, ecc.)⁶⁹.

La questione non appare di poco rilievo se si considera il fatto che, a seconda di quello che i neuroscienziati saranno in grado di dimostrare, potrebbe essere definitivamente compromesso il principio illuministico che in molti Stati vuole «i giudici soggetti *soltanto* alla legge» (come oggi recita l'art. 101, comma 2, Cost.)⁷⁰. Invero, oltre che alla soggezione dell'autorità parlamentare il giudice potrebbe ineluttabilmente essere sottoposto anche e soprattutto ai suoi *neuroni*, scardinando così una delle più importanti conquiste borghesi affermatasi nell'Ottocento liberale⁷¹. In pratica il giudice, anche al massimo del suo impegno cosciente nei confronti del rispetto della legge, non potrebbe che decidere mosso da se stesso, dalla sua biologia, dalle sue strutture neuronali stimolate dal caso concreto⁷². E, se così fosse, il suo giudizio non potrebbe che essere fisiologicamente creativo nei confronti di un ordinamento giuridico prestabilito, realisticamente mai coincidente, nel suo complesso, con quel «giudizio normativo» in grado di esprimere l'irripetibile struttura cerebrale di ciascun giudicante. Potrebbe, infatti, esistere un diritto connaturato al nostro cervello⁷³.

⁶⁹ La connessione tra strutture cerebrali e comportamento umano ha una storia tutto sommato recente. Infatti, è solo dagli anni '30 del secolo scorso che, grazie alla neuroanatomia, si è cominciato a comprendere la fisiologia dell'encefalo sino a scoprirne le proprietà bioelettriche, ossia la sua organizzazione elettrochimica in grado, secondo alcuni, di determinare il comportamento e la cognizione. In tema, ampi riferimenti in A.R. DAMASIO, *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, 1994. L'assenza di tali studi in un passato tutto sommato recente, potrebbe essere una delle principali cause storiche che può aver indotto un gigante del pensiero giuridico come Kelsen a teorizzare con convinzione, ancora nel Novecento, una «dottrina pura del diritto». Ma tale assunto, come ovvio, non può che rimanere una personale supposizione.

⁷⁰ Nel pensiero occidentale, come noto, è radicata la convinzione che, nell'affrontare problemi e prendere decisioni, si ricorra a valutazioni razionali e deliberate. Oggi, invece, è stato dimostrato che nei processi di giudizio, di decisione e previsione del rischio, un ruolo fondamentale è ricoperto dalla componente emozionale. E' M.T. PHAM, *Emotion and rationality: A critical review and interpretation of empirical evidence*, in *Review of General Psychology*, n. 11/2007, 155-178, a rammentare che le emozioni svolgono un ruolo primario quando le scelte razionali di comportamento coinvolgono obiettivi sociali, principi morali e in generale motivazioni altruistiche. A mettere in guardia sui «rischi che possono essere prodotti dal soggettivismo giudiziale, dettato dal coefficiente emozionale che può interferire nell'oggettività del giudizio» è, in argomento, G.M. FLICK, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014, 8.

⁷¹ Questa eventualità è sostenuta ad es. da D. EAGLEMAN, *The Brain – The Story of You* (trad. it *Il tuo cervello. La tua storia*, Milano, 2016, 118-119), il quale attraverso uno studio che ha preso in esame un migliaio di decisioni giudiziarie vertenti su casi molto simili, ha dimostrato che i giudici, dopo la pausa pranzo, ossia in assenza del bisogno di alimentarsi, decidono a favore dell'imputato in percentuali assai maggiori rispetto a quando invece avvertono la necessità di cibarsi. Come scrive l'A. a proposito della concessione della libertà condizionata, ciò significa che «*il destino di un detenuto è irrevocabilmente intrecciato con le reti neurali che operano secondo le necessità biologiche*».

⁷² La coscienza, perciò, sembra avere un'origine biologica, ma appare svilupparsi anche grazie a fattori esterni: emerge in un contesto relazionale e si modella attraverso l'educazione, le abitudini personali, le relazioni sociali e il contesto culturale. Cfr. M. DI FRANCESCO, *L'io tra neuroni e mente estesa*, in A. LAVAZZA, G. SARTORI (a cura di), *Neuroetica*, Bologna, 2011, 64.

⁷³ Come è stato rilevato, «potrebbe esistere un insieme universale di risposte biologiche a dilemmi di natura etica, una sorta di morale connaturata al nostro cervello». Così M.S. GAZZANIGA, *La mente etica*, Torino, 2006, XVIII. Per ricostruire il dibattito inerente alla localizzazione del senso morale, cfr. J.D. GREENE, R.B. SOMMERVILLE, L.E. NYSTROM, J.M. DARLEY, J.D. COHEN, *An fMRI Investigation of emotional engagement in moral judgment*, in



Insomma, in apparente concordanza con le tesi del Sacco, sembra pertanto doversi prendere atto della possibile sussistenza di una dimensione incontrovertibilmente antropologica del «diritto» e della «giustizia», al punto che quel fondamento del «diritto giusto» – per secoli cercato nel soprannaturale ed oggi lasciato dalle costituzioni democratiche nella disponibilità delle forze politiche – sembra a monte doversi rinvenire anche nella biologia dell’essere umano, nella sua specifica «naturalità» intesa nella sua dimensione biologico-evolutiva⁷⁴. La misteriosa *Grundnorm*, in fondo, piuttosto che un’ipotesi assiomatica, potrebbe realisticamente essere null’altro che espressione di quella naturalità. Verrebbe finalmente meno, così, la necessità di credere alla finzione normativistica che la impegna vigente nel cielo astratto di una qualche presupposizione⁷⁵.

Tutto ciò, in definitiva, sul piano costituzionale potrebbe significare almeno questo: se sostenere l’inserimento *tout court* delle fonti «mute» all’interno della tradizionale categoria delle fonti giuridiche potrebbe apparire – nella realtà contemporanea – un’ipotesi priva di utilità vista l’indeterminatezza di cui allo stato godono, allo stesso tempo, una volta preso atto della loro “emersione”, non apparirebbe logico far finta che esse non esistano. Tutt’altro⁷⁶.

Se gli studi sul cervello dovessero dimostrare con sufficiente certezza l’impossibilità dell’interprete di applicare le disposizioni normative rimanendo fedele solo alla lettera delle stesse, sarebbe davvero assai difficile (per non dire impossibile) continuare a far finta che le pronunce del magistrato non siano vere e proprie fonti del diritto. Le sentenze, come visto, contenendo diritto muto, potrebbero essere inevitabilmente creative, non rilevando più il fatto (*recte*: l’astratta giustificazione) che il giudice operi in sistemi di *civil* piuttosto che di *common law*⁷⁷. Tale fenomeno sarebbe vero in ogni tradizione giuridica, a prescindere dalle convenzionali qualificazioni adottate dai giuristi⁷⁸.

Sino ad oggi, sul tema, si sono confrontate teorie del linguaggio, filosofie normative, modi di intendere l’interpretazione giuridica. Provvidenziali potrebbero risultare gli apporti del sapere neuroscientifico, potendo offrire alla scienza giuridica informazioni utili non soltanto a capire le dinamiche del diritto «vivente», ma anche a comprendere meglio, a monte, la genealogia e la fisiologia dei processi giusgenerativi, come in qualche modo si è sinora cercato di dimostrare trattando del diritto muto⁷⁹.

Science, n. 293, 2001, 2105-2108; J. VERPLAETSE, *Localising the Moral Sense. Neuroscience and the Search for the Cerebral Seat of Morality 1800-1930*, Dordrecht, 2009.

⁷⁴ Sul punto, interessanti appaiono le riflessioni di S. FUSELLI, *Diritto Neuroscienze Filosofia. Un itinerario*, Milano, 2014.

⁷⁵ Invero, come risaputo, secondo Kelsen la *Grundnorm* «non è posta mediante un atto giuridico positivo, bensì è presupposta [...]. In questo presupposto si trova l’estremo fondamento della validità dell’ordinamento giuridico; tale fondamento è però, per sua natura, soltanto condizionato e, in questo senso, ipotetico». H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 59.

⁷⁶ In questo caso in parziale divergenza con quanto ritiene lo stesso Sacco, il quale nonostante rilevi che è necessario «prendere coscienza della realtà» del diritto muto, afferma che «non sussiste alcun bisogno di sconvolgere nessuna teoria» delle fonti. Cfr. R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 150.

⁷⁷ D’altro canto, le solcature che dividono le famiglie giuridiche *romano-germanica* e di *common law* tendono nel diritto pubblico a farsi sempre più labili. In merito, si veda, già, G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, spec. 51 ss. e 65 ss.

⁷⁸ Sul punto verrebbe da aggiungere, con la sagacia di F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, 2006, 69, questo perché «definibile è soltanto ciò che non ha storia».

⁷⁹ Come ricorda Sacco, la stessa espressione «diritto vivente», in conformità all’ortodossia statualistica, ha subito nel tempo tanto una metamorfosi quanto una semplificazione del suo significato originario. Difatti, prima



Maggiori perplessità, invece, sembrano destare tutte quelle ipotesi di *reductive neurolaw*, intenzionate a sostituire progressivamente le tradizionali fonti del diritto con i nuovi *standards* neuroscientifici⁸⁰. Probabilmente le neuroscienze hanno un potenziale ancora in larga parte inespresso e sottovalutato dai giuristi, ma una cosa appare al momento certa: sarebbe un imperdonabile errore fare di esse un'altra mitologia. E tanto perché esse non sono ancora in grado di spiegarci «ciò che più di ogni altra cosa vorremmo comprendere, come la natura dell'uomo o la natura di una società giusta e molte altre cose...», potendo tutte queste ambizioni essere «ampiamente oltre la portata di una possibile scienza umana»⁸¹.

che fosse inteso come «orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza» (cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 1974), la scuola sociologica tedesca – in particolare E. Ehrlich – parlava di tale diritto in un senso assai diverso. Inizialmente, invero, si riteneva che il «diritto vivente» fosse il diritto che regola la vita sociale senza intervento dell'istituzione. Cfr. R. SACCO, *op. ult. cit.*, 44-45. Per un'analisi costituzionalistica del tema, si veda, almeno, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, I, 1986, 1159 ss.; e, soprattutto, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «Diritto vivente». Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994. Si veda, anche, L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990.

⁸⁰ Su tali posizioni si veda, di recente, P. SOMMAGGIO, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società postumane*, Torino, 2016, 53 ss.

⁸¹ Cfr. N. CHOMSKY, M. FOUCAULT, *La natura umana. Giustizia contro potere*, Roma, 2013, 56. L'opera riproduce il celebre dibattito tra Chomsky e Foucault del 1971, moderato dal filosofo Fons Elders. Le citazioni riportate sono di Noam Chomsky il quale, a differenza del «parresiasta» Foucault, pure riconosce che tutti gli esseri umani condividano una «natura umana» con le loro «idee e strutture innate». (cfr. pp. 15-70).