



“NEURODIRITTI” TRA VIRTUALE E REALE

15 MARZO 2024

Possibilità cognitive e orizzonti  
costituzionali: qualche coordinata di  
*neurolaw* su coscienza, libertà e  
creazionismo giudiziario

di Antonio Gusmai

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Bari “A. Moro”



# Possibilità cognitive e orizzonti costituzionali: qualche coordinata di *neurolaw* su coscienza, libertà e creazionismo giudiziario\*

di **Antonio Gusmai**

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Bari “A. Moro”

**Abstract [It]:** Il contributo affronta, in chiave costituzionale, una serie di questioni dischiuse dal sapere neuroscientifico. In particolare, a finire sotto la lente di ingrandimento, saranno la concezione del sistema delle libertà costituzionali e gli aspetti cognitivi che determinano la fisiologica creatività del giudice. Non prima, però, di aver tentato di fare chiarezza: *a)* sulla rilevanza assunta per il diritto dalle realtà bio-artificiali; *b)* sulla dialettica potere-libertà; *c)* sui meccanismi della produzione normativa.

**Title:** Cognitive possibilities and constitutional horizons: some neurolaw coordinates on conscience, freedom and judicial creationism

**Abstract [En]:** The essay aims to investigate, from a constitutional perspective, some issues revealed by neuroscientific knowledge. In particular, the focus is on the system of constitutional freedoms and on the cognitive aspects that determine the physiological creativity of the judge. Anyway, not before having attempted to clarify these issues: *a)* the relevance of the bio-artificial realities for law; *b)* the power-freedom dialectic; *c)* the mechanisms of normative production.

**Parole chiave:** Neurodiritto, libertà costituzionali, limitazioni del potere, produzione normativa, funzioni del giudice

**Keywords:** Neurolaw, constitutional freedoms, limitations of power, legislative production, functions of the judge

**Sommario:** **1.** L'intelligenza umana e la costruzione delle realtà. **2.** Il sostrato deterministico delle libertà **3.** Neurodiritti (della persona) o neurolimiti (allo Stato)? **4.** I neuroni del giudice e l'“intelligenza artificiale” del legislatore. **5.** Rilievi conclusivi sull'origine del creazionismo giudiziario. **5.1.** (segue) Sulla emersione del diritto neuronale. **5.2.** (segue) Sulla matrice composita del fenomeno.

## 1. L'intelligenza umana e la costruzione delle realtà

Prima di entrare nel merito delle questioni che si andranno a lambire nel corso della trattazione, sembra opportuno fare qualche passo – per così dire – verso l'alto, nel tentativo di osservare le problematiche con una maggiore ampiezza di vedute. Esercizio, se si vuole, quasi doveroso, visto che a rilevare in questo incontro di studio interdisciplinare è una delle ormai tante declinazioni assunte dal rapporto che il diritto costituzionale ha nel tempo instaurato con gli altri saperi: quello neuroscientifico<sup>1</sup>.

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Al momento, uno dei pochi lavori strutturati sul tema (di carattere monografico) della dottrina giuspubblicistica italiana è quello di M.C. ERRIGO, *Neuroscienze e diritto. Un punto di vista costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, a cui sin d'ora si rinvia per una ricognizione complessiva delle problematiche qui solo in parte affrontate.

Sia dunque consentito prendere l'abbrivio in modo inconsueto, mediante una breve escursione biologico-culturale. O, per meglio dire, partendo da considerazioni rientranti nel più ampio concetto di *nurture*, espressione inglese che al momento non sembra avere equivalenti nella lingua italiana<sup>2</sup>.

La letteratura neurobiologica è pacifica nel considerare gli umani dei grandi animali, più o meno dotati di intelligenza, in grado di utilizzare la «ragione»<sup>3</sup> per astrarre (calcolare, immaginare, prevedere) in forme molto più articolate degli altri esseri viventi<sup>4</sup>. Certamente, gli umani non appaiono soltanto degli esseri un po' più scaltri e ingegnosi degli altri «esseri senzienti»<sup>5</sup>. Il loro cervello recepisce ed elabora, ad esempio,

---

<sup>2</sup> L'espressione «*nurture*» è un termine inglese che sta specificamente ad indicare tutte quelle influenze che può subire la «mente» di un organismo dopo la nascita. Influssi che possono essere di vario tipo: si pensi non solo alla nutrizione, ma anche e soprattutto alle influenze culturali, dunque all'ambiente familiare, ai vari contesti educativi, alle percezioni delle regole sociali e degli stessi sviluppi tecnico-scientifici, etc. Ai fini che qui interessano, l'espressione rileva perché fa riferimento al fatto che lo stesso comportamento evolutivo della persona umana non può essere ridotto a cause biologiche e a cause socio-culturali distinte. In molti scritti tradotti in italiano, la dicotomia *nature/nurture* è spesso tradotta come natura/cultura. Come è stato puntualizzato, però, si tratta di una traduzione non propriamente corretta, finendo la parola *nurture* sotto la più ampia «area semantica di acquisto». Cfr. S. OYAMA, *L'occhio dell'evoluzione. Una visione sistematica della divisione fra biologia e cultura*, Giovanni Fioriti Editore, Roma, 2016, 48.

<sup>3</sup> Termine di straordinario rilievo per il diritto costituzionale, sul cui complesso significato si veda, anche in prospettiva storico-filosofica, F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza. Appendice di F. Modugno e A. Longo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 11 ss.

<sup>4</sup> Per quanto, come evidenzia E. BONCINELLI, *La vita della nostra mente*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 138, «Se da un lato siamo portati a riconoscere il più spesso possibile una nostra propria specificità, dall'altro lo studio comportamentale e fisiologico degli animali ci ha informati della ricchezza di funzioni che condividiamo con essi a tutti i livelli». L'idea dell'esistenza di una «piramide dei viventi», peraltro non condivisa dallo stesso Charles Darwin sin dalla sua celebre opera sull'*Origine della specie* (1859), è assai risalente ed ha origini rinascimentali. È infatti riconducibile al pensiero di Charles de Bovelles (1479-1567), contenuto nel *Liber de sapiente*, in cui l'A. si premura di ordinare le varie specie (viventi e non viventi) in scala gerarchica. E così, al gradino più basso vengono collocate le «rocce» (accompagnate dall'espressione «*Est*», per specificare che esse avrebbero una mera esistenza fisica), poi seguono le «piante» («*Est et vivit*», ossia essere fisicamente presente, ma anche vivo, senza ulteriori qualità) e gli animali (i quali sarebbero dotati di sensi, «*Sentit*»), sino al raggiungimento della vetta in cui sono collocati gli uomini (unici esseri «*Intelligit*», ossia in grado di comprendere). Per una moderna e puntuale critica di tale stato delle cose, si rinvia a S. MANCUSO – A. VIOLA, *Verde brillante. Sensibilità e intelligenza del mondo vegetale*, Giunti, Firenze-Milano, 2020, 11 ss., opera in cui sono accuratamente esposte le principali ragioni «biocentriche» che dovrebbero condurre a ritenere «intelligenti» anche gli altri esseri viventi, tra cui le piante.

<sup>5</sup> È l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a definirli in questo modo. Tutela degli «animali» che, come noto, è oggi dalla Costituzione (art. 9) affidata al legislatore statale mediante la previsione di una riserva di legge. Il tema della tutela degli animali non è affatto nuovo, sebbene la dottrina costituzionalistica se ne stia precipuamente occupando a seguito della legge cost. n. 1 del 2022, di revisione degli artt. 9 e 41 Cost. In merito, si veda, almeno, S. GRASSI, *La tutela degli animali nella prospettiva della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in S. CASTIGLIONE – L. LOMBARDI VALLAURI, *La questione animale*, Giuffrè, Milano, 2012; T.M. MOSCHETTA, *La tutela del benessere degli animali: principio di non discriminazione e bilanciamento tra valori*, in E. BATTELLI, M. LOTTINI, G. SPOTO, E.M. INCUTTI (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, RomaTre-Press, Roma, 2022, 39-53; A. VALASTRO, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022 e ID., *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, in S. CASTIGLIONE – L. LOMBARDI VALLAURI, *La questione animale*, cit.; A. VUOLO, *La modifica dell'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022; G. PELAGATTI, *La costituzionalizzazione simbolica degli animali nella revisione dell'art. 9*, in *Amministrazioneincammino.it*, 8 luglio 2022; G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2004; M.S. D'ALESSANDRO, *La tutela degli animali nel dibattito parlamentare sulle proposte di modifica della Costituzione nella XVIII legislatura*, in E. BATTELLI – M. LOTTINI – G. SPOTO – E.M. INCUTTI (a cura di), *Nuovi orizzonti*, cit.; R. GARETTO, *La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed "omissioni" nel testo riformato dell'art. 9 Cost.*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022; F. RESCIGNO, *Parturient montes, nascetur ridiculus mus? Il nuovo articolo 9 della Costituzione italiana e il mancato traguardo della soggettività animale*, in *PasSaggi costituzionali*, n. 1/2022; ID., *Animali e Costituzione: prodromi della soggettività giuridica?*, in

molte più informazioni provenienti dal mondo esterno di quanto possa fare un'ape partecipe di un alveare; tipico animale i cui comportamenti, dal banco dell'entomologo, sono spesso passati al setaccio di filosofi, politologi e, non da ultimo, anche dei costituzionalisti, studiosi tutti interessati a comprendere quanto "organica" o "libera" possa realmente essere considerata una società umana politicamente organizzata<sup>6</sup>. Sebbene entrambe le specie producano risposte automatiche, la persona umana – questo sembrano dirci le attestazioni neuroscientifiche che, in questo, appaiono supportare alcune ricerche antropologiche – possiede maggiori risorse cognitive in grado di generare «credenze» utili alla rappresentazione di plurime realtà, ben oltre i fattori biotici e abiotici che caratterizzano l'esistenza sul Pianeta<sup>7</sup>.

L'uomo, a differenza delle altre specie animali, è perciò capace di costruire realtà artificiali (anche illusorie) che, se sino al secolo scorso hanno precipuamente riguardato l'architettura del vivere in comunità (si pensi alla stessa costruzione dei sistemi politici e giuridici, di certo non composti di elementi chimici e non direttamente orientati dalle leggi della fisica), oggi appaiono propriamente assicurare vite interrelate (oltre che "parallele") entro l'universo dello spazio virtuale<sup>8</sup>.

---

D. BUZZELLI (a cura di), *Animali e diritto. I modi e le forme di tutela*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023; G. MARAZZITA, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione anche nel rapporto fra Stato e Regioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2022; M. OLIVI, *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022; C. CUPELLI, *La salvaguardia degli animali in Costituzione: le ricadute sul sistema penale della legge costituzionale n. 1 del 2022*, in D. BUZZELLI (a cura di), *Animali e diritto*, cit.; G. SPOTO, *Benessere e tutela dell'animale: da "oggetto di protezione" a "soggetto" di diritti?*, in E. BATTELLI – M. LOTTINI – G. SPOTO – E.M. INCUTTI (a cura di), *Nuovi orizzonti*, cit.; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022; G. VIVOLI, *Il mondo animale davanti al nuovo art. 9, c. 3 della Costituzione: "ingabbiato" in una "riserva statale"?*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2023; P. VIPIANA, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, in *DPCE online*, n. 2/2022; G. D'ALESSANDRO, *La legge costituzionale n. 1 del 2022 nei lavori preparatori della XVIII Legislatura*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2023; D. CERINI – E. LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023; D. GRANARA, *Il principio animalista nella Costituzione*, in *DPCE online*, Sp-2/2023.

<sup>6</sup> Si veda, ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *Società – Stato – Costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986-1987 e 1987-1988*, Giappichelli, Torino, 1988, 47-48, che ricorre all'alveare per spiegare il funzionamento delle società organiche, governate dal determinismo, per contrapporle alle società atomistiche, fondate sulla massima volontà degli individui. Sul punto si veda, poi, K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), vol. I, Armando, Roma, 1966, spec. 245 ss., in cui si rinvencono alcune delle principali ragioni politiche e sociali che progressivamente hanno portato le società chiuse (organicistiche, governate dalla biologia) ad «aprirsi» attraverso il riconoscimento delle libertà individuali (specie in Occidente).

<sup>7</sup> Si pensi agli studi di Émile Benveniste (*Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. I, *Economia, parentela, società*, Einaudi, Torino, 2001) e George Dumézil (in varie opere, tra cui *La religione romana arcaica. Miti, leggende, realtà della vita religiosa romana*, Rizzoli, Milano, 2001) sulla struttura delle società umane. Da questi è possibile dedurre almeno un dato ben preciso: grazie al linguaggio e alla possibilità di generare saperi, gli esseri umani sono storicamente gli unici animali in grado di costruire società capaci di reggersi sul continuo sviluppo di tre funzioni: quella economica (utile alla produzione di beni materiali), quella culturale (indispensabile a creare visioni del mondo che fungono da collante sociale) e quella politica o di governo (necessaria a dare ordine e sicurezza alle collettività).

<sup>8</sup> La questione è da ultimo affrontata nell'interessante lavoro collettaneo di A. FUCCELLO – V. NUZZO – M.R. DE RITTIS (a cura di), *Diritto e universi paralleli. I diritti costituzionali nel metaverso*, ESI, 2023.

È il possesso di tali abilità cognitive che rende possibile all'uomo di vivere, nel tempo presente, qualsivoglia tipo di emozione attraverso visori e *avatar* dotati di ubiquità<sup>9</sup>; sono le sue potenzialità cerebrali che gli consentono di trasfigurare la sua stessa esistenza biologica, nella costante ricerca di ulteriori forme di potenza cognitiva<sup>10</sup>; in definitiva, è la sua mai paga volontà di potenza che gli fa accettare il rischio di percorrere scenari dis-umani di transizione insiti nel passaggio da un mondo all'altro, in dimensioni bio-artificiali che, anche solo per essere correttamente tragguardate, necessitano di raffigurazioni dall'alto potenziale distopico<sup>11</sup>.

Basterebbero tali considerazioni per avvedersi di quanto le neuroscienze rappresentino, di fatto, non solo una disciplina utile alla comprensione del fenomeno giuridico<sup>12</sup>; ma, più in generale, un sapere «nexologico», al pari della psicoanalisi e della politica. E tanto perché, parafrasando un sensibile psichiatra italiano, loro oggetto centrale divengono i legami sociali e la loro possibile trasformazione<sup>13</sup>.

Comunque la si voglia intendere, l'intelligenza umana ha in parte emancipato la persona da tutti quei processi biologici automatici e quella dotazione fisica iniziale – entrambi affinati dall'evoluzione e comune a tutte le altre specie viventi – rendendola ciò che è<sup>14</sup>. Un soggetto deputato, nella contemporaneità, non

---

<sup>9</sup> Tra i giuristi italiani, quello che più di altri pare aver antiveduto gran parte di tali problematiche, è certamente S. RODOTÀ. Si pensi, qui, al suo celebre e assai discusso “*Il diritto di avere diritti?*”, Laterza, Roma-Bari, 2012, in cui è proprio nell'ambito di un capitolo dedicato al “Post-umano” che l'A. va ad occuparsi di «neuroetica» (p. 341 ss.).

<sup>10</sup> Il «potenziamento cognitivo» appare invero non solo un «fenomeno [...] destinato [...] a compromettere il principio della eguaglianza tra gli uomini – con il conseguente ripensamento del principio meritocratico e del suo rapporto con la democrazia – ma anche e soprattutto la stessa identità umana, stravolgendone persino la struttura genetica». Così, P. PERLINGERI, *Note sul “potenziamento cognitivo”*, in AA.VV., *Privacy e neurodiritti. La persona al tempo delle neuroscienze*, Atti del Convegno svoltosi il 28 gennaio 2021 nell'ambito dell'incontro organizzato dal Garante per la protezione dei dati personali, 87, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9697621>. Per una prospettiva tesa ad evidenziare anche gli aspetti positivi di tale fenomeno, si veda R. FATTIBENE, *Il potenziamento umano in ambito militare tra diritti e doveri costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 288 ss.; più critica, invece, sembra essere la posizione di C. CASELLA, *Il potenziamento cognitivo tra etica, deontologia e diritti*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, 159 ss.

<sup>11</sup> Il punto è colto molto bene da F. PIZZOLATO – G. COMAZZETTO, *La solidarietà allo specchio. Il contributo delle neuroscienze e le “ragioni” del diritto*, in *Teoria e Critica della Regolazione sociale*, n. 1/2021, 167, secondo cui le «scoperte neuroscientifiche, indagando e disvelando ambiti reconditi e oscuri dell'identità individuale, sembrano quasi incoraggiare la proiezione dello sguardo su grandi orizzonti, utopici o anche distopici, e, in questo modo, possono indurre a considerare le attuali discordanze o aporie della teoria come destinate al superamento».

<sup>12</sup> Come opportunamente è stato detto, «*Law and Neuroscience are natural partners*». Così, O. GOODENOUGH – M. TUCKER, *Law and Cognitive Neuroscience*, in *Annual Review of Law and Social Science*, n. 6/2010, 62.

<sup>13</sup> Di tale avviso è E. FACHINELLI, *Il paradosso della ripetizione*, in ID. (a cura di), *Il bambino dalle uova d'oro. Brevi scritti con testi di Freud, Reich, Benjamin e Rose Thé*, Feltrinelli, Milano, 1974, 217, che vede nella radice ultima della «psicoanalisi» e della «politica» (le neuroscienze sono un'aggiunta dello scrivente) tale caratteristica comune. Quella, appunto, di essere entrambe «scienze nexologiche».

<sup>14</sup> Per un'analisi della «storia naturale» prima dell'avvento della biologia, si rinvia alle celebri pagine di M. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Rizzoli, Milano, 1967, 143 ss. Si veda, anche, in chiave storica, E. MAYR, *Storia del pensiero biologico. Diversità, evoluzione, eredità*, Bollati Boringhieri, Torino, 1982, 3-97. Una visione critica di ogni forma di determinismo è invece prospettata da N. ROSE, *La politica della vita. Biomedicina, potere e soggettività nel XXI secolo*, Einaudi, Torino, 2008, 57, secondo cui ormai «la vita è post-genomica». Invero, precisa l'autore, «la nostra individualità somatica, corporea, neurochimica diviene oggi un terreno di scelta, prudenza e responsabilità. È completamente aperta alla sperimentazione e alla contestazione. La vita non è immaginabile come una dote fissa e inalterabile. La biologia non è più un destino».

solo a giganteggiare sulle altre specie, ma finanche a candidarsi a sfidare le stesse credenze filosofico-religiose da egli stesso pure ideate nei secoli precedenti<sup>15</sup>. È infatti proprio attraverso la neurobiologia, alimentata dal costante incremento del patrimonio tecnologico<sup>16</sup>, che egli sembra ambire al più immodesto (e sino a ieri utopico) dei traguardi scientifici: quello del raggiungimento dell'immortalità terrena<sup>17</sup>. Un'ambizione «trans-umana»<sup>18</sup> che proietta il diritto degli Stati ormai molto oltre le pur già complesse problematiche etico-giuridiche legate alla libertà di gestione delle questioni di fine-vita<sup>19</sup>, quotidianamente interroganti la portata del dettato delle disposizioni dei singoli «ordinamenti intercostituzionali»<sup>20</sup>.

Una delle più grandi questioni epistemologiche del tempo presente sembra riguardare, dunque, la stessa struttura della realtà<sup>21</sup>. Concetto fondamentale che ha portato talune grandi intelligenze a dubitare della

---

<sup>15</sup> È Z. BAUMAN, *Mortalità, immortalità e altre strategie della vita*, il Mulino, Bologna, 2012, 124 ss., a rammentare come nella fase premoderna (prima dell'affermarsi del positivismo giuridico) fosse la religione a costruire il senso del concetto di vita umana e, di conseguenza, ad influenzare il contenuto stesso dei diritti di libertà.

<sup>16</sup> Che, come giustamente è stato osservato, può avere risvolti ambivalenti per la persona umana, non di rado «inquietanti per l'integrità e l'identità individuale». In tal senso, G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando)?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 5.

<sup>17</sup> Come rammenta la stessa dottrina costituzionalistica, «la realtà è che è la tecnica quella che celebra la sua strapotenza», in un mondo in cui persino «l'orizzonte dell'immortalità, coltivato follemente nei secoli, oggi non pare più essere fuori dall'orizzonte del possibile, appartenere alla fantascienza». Così G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, 336-337.

<sup>18</sup> Sul *Transhumanism*, termine che ha avuto la sua fortuna agli inizi del secolo scorso grazie al biologo J. HUXLEY (cfr. *New Bottles for New Wine*, Chatto & Windus, London, 1957) e che, in estrema sintesi, sta ad indicare quel movimento che intende produrre nuovi esseri non più umani, una bella lettura di inquadramento è offerta da M.P. FAGGIONI, *Il Transumanesimo. Una sfida all'humanum*, in *Antonianum*, XCIV (2019), 377-403.

<sup>19</sup> Con specifico riferimento alle tematiche che qui più rilevano, si veda, sul punto, B. VIMERCATI – G. RAGONE, *Neuroscience and end-of-life decisions. New anthropological challenges for constitutional law: «Is Human Nature the only science of man?»*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2017, 111 ss.

<sup>20</sup> Come si avrà modo di meglio vedere più oltre, diritti e principi costituzionali presenti in più ordinamenti (si pensi alla dignità umana e all'eguaglianza) assumono significati sempre più complessi e puntuali (perciò intercostituzionali) attraverso il dialogo delle Corti. Per una maggiore comprensione del fenomeno, si veda, sin d'ora, A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. n. 2/2022, 1 ss. In fondo, come è stato opportunamente rilevato, «istituti e principi del costituzionalismo possono essere innestati nei processi di costituzionalizzazione dell'ordine globale. Cristallizzarli o pietrificarli all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale significherebbe negare quel principio evolutivistico che ha permesso proprio ad istituti fondamentali del costituzionalismo di evolvere e di trasformarsi». È forse ormai giunto il tempo «che i costituzionalisti provino a ragionare della costituzione come parte di un ordine globale più ampio». Così, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, rispettz. 25 e 28.

<sup>21</sup> Per una «concezione unificata» della realtà e una serrata critica delle c.d. «teorie della mente», si veda la recente riflessione di J.R. SEARLE, *Il mistero della realtà*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2019.

sua oggettiva esistenza (basti qui pensare a Galilei<sup>22</sup> e a Nietzsche<sup>23</sup>), oggi ancor più messa in discussione dall'avanzamento delle tecno-scienze<sup>24</sup>. Nella postmodernità, come si è accennato, essa si è fatta anche “virtuale”, di fatto conducendo la persona umana a “dividersi” (o, forse, sarebbe meglio dire a “moltiplicarsi”) entro dimensioni diverse nella ricerca del soddisfacimento dei bisogni, anche primari<sup>25</sup>. Con la conseguenza che, a divenire evanescente, sembra essere un'ulteriore linea di confine sino a ieri assai netta: quella tra dimensione umana e dimensione tecnologica, entrambe destinate sempre più a (con)fondersi<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. G. GALILEI (1623), *Il Saggiatore*, Einaudi, Torino, 1977, 223, ove si legge: «[...] ben sento tirarmi dalla necessità, subito che concepisco una materia o sostanza corporea, a concepire insieme ch'ella è terminata e figurata di questa o di quella figura, ch'ella in relazione ad altre è grande o piccola, ch'ella è in questo o quel luogo, in questo o quel tempo, ch'ella si muove o sta ferma, ch'ella tocca o non tocca un altro corpo, ch'ella è una, poche o molte, né per veruna immaginazione posso separarla da queste condizioni; ma ch'ella debba essere bianca o rossa, amara o dolce, sonora o muta, di grato o ingrato odore, non sento farmi forza alla mente di doverla apprendere da cotali condizioni necessariamente accompagnata: anzi, se i sensi non ci fossero scorta, forse il discorso o l'immaginazione per se stessa non v'arriverebbe già mai. Per lo che vo io pensando che questi sapori, odori, colori, etc., per la parte del soggetto nel quale ci par che riseggano, non sieno altro che puri nomi, ma tengano solamente lor residenza nel corpo sensitivo, sì che rimosso l'animale, sieno levate ed annichilite tutte queste qualità».

<sup>23</sup> L'inesistenza di una netta linea di confine fra la realtà e l'illusione è ricorrente in molte opere di Nietzsche. È sufficiente qui riportarne un esempio che, peraltro, colpisce per l'implicita eliminazione di gerarchie tra esseri viventi. Secondo il filosofo, infatti, occorre rammentare che «l'insetto o l'uccello percepiscono un mondo del tutto differente da quello umano, e che la questione di determinare quale delle due percezioni del mondo sia la più giusta è del tutto priva di senso, poiché una misura in proposito dovrebbe essere stabilita in base al criterio della percezione esatta cioè in base a un criterio che non esiste». Cfr. F. NIETZSCHE, *Su verità e menzogna in senso extramurale*, in ID., *La filosofia nell'epoca tragica dei greci e scritti 1870-1873*, Adelphi, Milano, 1973, 365.

<sup>24</sup> 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*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1993; C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, il Mulino, Bologna, 1998; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, Milano, 2001; A. D'ALIOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004)*, Giappichelli, Torino, 2005; G. COMANDÉ – G. PONZANELLI (a cura di) *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato. Atti del Convegno (Pisa, 22-24 maggio 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004; S. RODOTÁ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Torino, 2011. Più di recente, 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*, Aracne, Roma, 2016.

<sup>25</sup> Nella realtà virtuale è già possibile appagare finanche pulsioni sessuali attraverso l'utilizzo di visori che immergono il soggetto a 360° in stanze a “luci rosse”. Per accedere a tali ambienti, infatti, è sufficiente una *PlayStation VR* (visore di realtà virtuale sviluppato da Sony, in commercio dal 2016, e progettato per essere compatibile con la *PlayStation 4*). Per maggiori ragguagli si veda il seguente indirizzo: <https://venturebeat.com/games/how-to-watch-porn-on-psvr/>. In dottrina ne dà in parte conto, da ultimo, M.R. ALLEGRI, *Costituzionalizzare i neurodiritti?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) (Lettera AIC 05/2023), riportando il caso di una nota *influencer* americana (Caryn Marjorie) che, utilizzando l'intelligenza artificiale, ha creato un *avatar* di sé stessa (CarynAI), addestrato per replicare la sua personalità, il suo carattere la sua voce, con cui i *follower* possono interagire pagando un dollaro al minuto. Lo scopo è quello «di creare una sorta di “fidanzata virtuale”, con la quale sia possibile instaurare un rapporto di intima confidenza, se non addirittura di amore».

<sup>26</sup> Ciò sembra nitidamente avvenire in una delle rappresentazioni cinematografiche citate nel sottotitolo di questo Convegno, *Blade Runner*. Nel visionario capolavoro di Ridley Scott (1982), infatti, sono il cacciatore di taglie Rick Deckard (umano) e la replicante Rachael (androide) a mostrare la possibilità di come, anche il più vitale dei sentimenti, l'innamoramento, possa pienamente realizzarsi attraverso la fusione di emozioni provenienti da intelligenze biologiche e artificiali. Se si vuole, e più in generale, su tali commistioni si affacciano le preoccupazioni e le angosce che, in forme estreme, hanno accompagnato le distopie riguardanti il corpo – e i destini individuali e collettivi che a esso si associano – dal *Mondo nuovo* di Aldous Huxley (Mondadori, Milano, 1933) fino a *Non lasciarmi* di Kazuo Ishiguro (Einaudi, Torino, 2006).

Nel prossimo futuro, pertanto, anche la normatività dovrà fare i conti con plurime realtà, all'interno di una non propriamente nuova dimensione «uomo-macchina» dalle molteplici “virtualità”<sup>27</sup>, non solo biologiche, ma anche bio-artificiali<sup>28</sup>.

## 2. Il sostrato deterministico delle libertà

Se il problema delle molteplici realtà appare ancora allo stato carsico e sembra, al momento, preoccupare maggiormente filosofi e scienziati, alcune evidenze neurobiologiche paiono invece proiettarsi a gamba tesa nella dimensione propriamente giuridica<sup>29</sup>. Al punto da creare, ormai da qualche tempo, non pochi grattacapi anche alla giuspubblicistica<sup>30</sup>.

I notevoli progressi compiuti dalle tecno-scienze in generale e dalle neuroscienze nello specifico non paiono, invero, aver risolto un tema di straordinario rilievo per il diritto costituzionale<sup>31</sup>. Lasciano ancora aperta, infatti, una questione cruciale: quella che presuppone la persona umana come dotata di libero

---

<sup>27</sup> In effetti, anche se in un momento storico in cui non erano ancora presenti dispositivi in grado di aumentare/creare realtà virtuali bio-artificiali, il rapporto «vivente-macchina» era già al centro delle riflessioni di alcuni grandi filosofi del secolo scorso. Si pensi a G. DELEUZE – F. GUATTARI, *L'Anti-Edipo. Capitalismo e schizofrenia*, Einaudi, Torino, 1972, secondo cui saremmo al cospetto di «due stati della macchina che sono altresì due stati del vivente». E tanto perché «la macchina è desiderante e il desiderio è macchinato» (p. 325). Sempre sulla dialettica vivente-macchina, ma in prospettiva «teco-politica», insiste anche M. FOUCAULT (1976), *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1993, il quale non manca di sottolineare che «il grande libro dell'Uomo macchina venne scritto simultaneamente su due registri: quello anatomico-metafisico, di cui Descartes aveva scritto le prime pagine e che medici e filosofi continueranno; quello tecnico-politico, costituito da tutto un insieme di regolamenti militari, scolastici, ospedalieri e da processi empirici e ponderati per controllare o correggere le operazioni del corpo». In merito, come è stato detto, in «entrambi i casi abbiamo a che fare con due dispositivi: quello del mimetismo macchinale e quello tecno-politico. Da una parte, si tratta di un dispositivo anatomico-metafisico sul modello macchina-organismo che presenta una concezione antropologico-vitalista. Dall'altra, di un modello meccanicista dell'uomo come prodotto tecnologico, che si fonda sulla rappresentazione antropologica e strumentale della tecnica, ingloba l'organico nel tecnico e riduce l'uomo a mero strumento produttivo al pari di una cosa. L'analogia del vivente-macchina è alla base tanto del dispositivo del mimetismo macchinale quanto del dispositivo tecno-politico». Cfr. T. PICCHI, *Mimetismo macchinale e politica dell'invenzione da Canguilhem a Simondon*, in A. DI GESU – P. MISSIROLI (a cura di), *Res publica. La forma del conflitto*, Quodlibet, Macerata, 2021, 237 ss.

<sup>28</sup> Non a caso, non pochi recenti contributi di *neurolaw* si concentrano prevalentemente sulle possibilità dischiuse dalla intelligenza artificiale, piuttosto che ruotare sulle problematiche generate dall'interazione delle neuroscienze con il fenomeno giuridico. Avendo l'impressione, delle volte, che le questioni neurogiuridiche si offuschino sino a svanire sullo sfondo. Sulle «ibridazioni» tra neuroscienze e intelligenza artificiale, si veda, diffusamente, M.C. ERRIGO, *Neuroscienze e diritto*, cit., 64 ss.

<sup>29</sup> Chiaramente, ancor prima, le neuroscienze non possono non presentarsi come una vera e propria «sfida sociopolitica». In tal senso, dando ragione a K. EVERS, *Neuroéthique. Quand la matière s'éveille*, Odile Jacob, Paris, 2009, 189-202. D'altronde, come ironicamente sostenuto da O.D. JONES – R. MAROIS – M.J. FARAH – H.T. GREELY, *Law and Neuroscience*, in *The Journal of Neuroscience*, 2013, vol. 33, 17624, «*Law and neuroscience seem strange bedfellows. But the engagement of law with neuroscientific evidence was inevitable*».

<sup>30</sup> Ne dà ampiamente conto, tra gli altri, A. D'ALOIA, *Editoriale. Neuroscienze e diritto. Appunti Preliminari*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2017, 1 ss.

<sup>31</sup> Se ne può prendere contezza leggendo i contributi raccolti nel volume curato da A. D'ALOIA – M.C. ERRIGO, *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Springer, Switzerland, 2020. In particolare, si segnalano i lavori di O.R. GOODENOUGH – M. TUCKER, *Why Neuroscience Matters for Law*, 51 ss.; e P. SOMMAGGIO – M. MAZZOCCA, *Cognitive Liberty and Human Rights*, 95 ss.

arbitrio<sup>32</sup>, in qualità di soggetto agente chiamato a rispondere delle proprie azioni anche se immerso in un universo (ai giuristi è forse più familiare l'espressione «contesto»<sup>33</sup>) deterministico<sup>34</sup>.

Tutto parte dalla strutturazione biologica del cervello perché, sostengono i neuroscienziati, è da esso che si produce la «mente», da intendersi come uno stato cosciente, un nodo di sensazioni e risonanze emotive attraverso le quali il soggetto percepisce sé e il mondo circostante<sup>35</sup>. Il cervello, infatti, non è un organo monofunzionale, ma rappresenta il centro di coordinamento di tutte le funzioni vitali dell'organismo<sup>36</sup>. È

---

<sup>32</sup> Cfr. M. DE CARO, *Analisi attuale e scienza: il dibattito contemporaneo sul libero arbitrio*, in M. DE CARO – M. MORI – E. SPINELLI (a cura di), *Il libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Carocci, Roma, 2014, 380 ss. Un'attenta ricostruzione delle questioni cruciali legate al libero arbitrio è rinvenibile anche nel contributo di C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, Torino, 2016, 37 ss.

<sup>33</sup> Tra i costituzionalisti del periodo repubblicano è C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1982, 19 ss., a riporre l'accento sull'importanza dei «contesti» ai fini della comprensione del fenomeno giuridico. Egli, infatti, confortato anche da alcune pronunce della Consulta (cfr. Corte cost., sent. n. 90 del 1966), ebbe a sostenere che «fra il sistema delle fonti (detto anche diritto teorico) e il diritto (o diritto vivente) v'è una coincidenza soltanto parziale, in quanto il diritto, pur basandosi sulle prescrizioni offerte dalle fonti, attinge ad elementi in parte estranei (contesti sociali)».

<sup>34</sup> Di tale aspetto è ormai consapevole anche una parte della giuspubblicistica. Si veda, ad esempio, A. PIROZZOLI, *La libertà di coscienza e le neuroscienze cognitive*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 16 marzo 2020, 2 (reperibile in *ConsultaOnline.it*), secondo la quale «le neuroscienze mostrano una nuova immagine dell'uomo, meno libero poiché è influenzato nelle sue scelte: innanzi tutto dal contesto in cui agisce, ma anche dai condizionamenti genetico-cerebrali». In effetti, stando a quanto sostiene il neurobiologo Michael Gazzaniga, uno dei massimi studiosi della materia, «la nostra mente è sempre l'ultima a sapere». La letteratura di settore sembra non divergere su un punto: il cervello, in quanto meccanismo fisico-chimico, rende possibile l'attività della mente in modi che ancora non conosciamo bene e, nel farlo, segue le leggi fisiche dell'universo come qualsiasi altro fenomeno. Ciò significherebbe, secondo alcuni, che l'uomo sarebbe una specie di automa, privo di volontà. Come si dirà, l'idea dominante nella dottrina di settore è quella secondo cui vivremo in un mondo deterministico. Si tratta di «un'idea che sembra nascere logicamente da tutto ciò che la nostra specie ha imparato sulla natura dell'universo: le leggi fisiche governano gli eventi nel mondo fisico, noi siamo parte di questo mondo fisico, quindi esistono leggi fisiche che governano il nostro comportamento, addirittura il nostro sé cosciente. È il regno del determinismo, fisico e sociale: dobbiamo farcene una ragione e andare avanti. Einstein l'ha accettato; Spinoza l'ha accettato; chi siamo noi per metterlo in dubbio? Le credenze hanno conseguenze precise: se davvero viviamo in quello che molti considerano un mondo deterministico, dovremmo andarci piano quando incolpiamo qualcuno di qualcosa, non dovremmo ritenere una persona responsabile delle sue azioni e dei suoi comportamenti antisociali». Così, in apertura del suo lavoro, assai utile anche per il giurista alle prese con il *neurolaw*, M. GAZZANIGA, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, Codice edizioni, Torino, 2017, XI-XII, che però nel corso della trattazione spiega il perché la persona umana debba continuare ad essere ritenuta un soggetto (moralmente e giuridicamente) responsabile.

<sup>35</sup> Un valido ausilio alla comprensione dell'argomento lo si può avere dalla lettura, tra le molte altre possibili, di S. DEHANE, *Coscienza e cervello. Come i neuroni codificano il pensiero*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014.

<sup>36</sup> Per quanto qui interessa, basti rammentare alcuni dati, peraltro ormai assai noti nella letteratura di settore. Gli sviluppi neuroscientifici mostrano ormai come sia possibile avere un'idea di quanto la coscienza di una persona sia «presente» grazie alla risonanza magnetica funzionale per immagini (fMRI) e alla tomografia a emissione di positroni (PET). Attraverso tali tecniche, infatti, è possibile monitorare, secondo per secondo, quali aree cerebrali si attivano con determinate sollecitazioni. Inoltre, come mostrano altri studi fondati sulla c.d. «teoria dell'informazione integrata», i neurobiologi paiono in grado di utilizzare congiuntamente due classici strumenti, la TMS (stimolazione magnetica transcranica) e l'EEG (elettroencefalografia), ossia il sistema TMS-EEG, per misurare gli stati di coscienza nel funzionamento del sistema talamo-corticale. Cfr. M. MASSIMINI – G. TONONI, *Nulla di più grande*, Baldini e Castoldi, Milano, 2017, 139, secondo cui «con la TMS, possiamo perturbare direttamente un sottoinsieme di neuroni corticali (accesso diretto al nocciolo duro) e con l'EEG possiamo registrare l'estensione (l'integrazione) e la complessità (l'informazione) della risposta elettrica prodotta dall'intero sistema talamocorticale sulla scala temporale dei millisecondi (costante di tempo della coscienza)».

quindi il presupposto neurobiologico della mente e delle facoltà ad essa afferenti come la memoria<sup>37</sup>, la percezione e il linguaggio<sup>38</sup>; tutti fattori che caratterizzano l'unicità di ogni persona umana e le espressioni della sua libertà<sup>39</sup>.

Con un grado di probabilità prossimo alla certezza oggi sappiamo che, affinché un qualsiasi evento cerebrale – sia esso una percezione o la progettazione di un'azione – affiori alla coscienza, occorre spesso circa mezzo secondo<sup>40</sup>. Molte azioni ed omissioni, dunque, sono decise dal nostro cervello senza che la mente sia cosciente<sup>41</sup>. Lo ha dimostrato il neurochirurgo Benjamin Libet, attraverso il cosiddetto «potenziale di prontezza», che si genera nella corteccia motoria nell'imminenza di ogni azione<sup>42</sup>. Quest'ultima, infatti, funzionerebbe da abilissima “illusionista” dacché inganna la persona umana nella misura in cui gli dà la sensazione di prendere coscienza di un evento quasi istantaneamente, quando invece così non sarebbe. Per misurare il momento esatto del concepimento di un atto di volontà da parte di un

---

<sup>37</sup> Sulla cui rilevanza per il fenomeno giuridico, cfr. M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, 80 ss.

<sup>38</sup> Proprio il linguaggio è tornato di recente al centro del dibattito della dottrina costituzionalistica, all'interno del XXXVII Convegno Annuale AIC, dal titolo “*Lingua Linguaggi Diritti?*”, svoltosi a Messina-Taormina il 26-27-28-29 ottobre 2022. Nel rinviare ai vari contributi dei relatori consultabili online sulla pagina web della Rivista, si segnala, per ciò che qui in parte rileva, il contributo di A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2023, 1 ss.

<sup>39</sup> In argomento si veda, qui, per tutti, A. DAMASIO, *Sentire e conoscere*, Adelphi, Milano, 2022, 116, secondo cui la coscienza «è un particolare stato della mente risultante da un processo biologico al quale contribuiscono molteplici eventi mentali. [...]». Tutti questi contributi convergono, in modo disciplinato, producendo qualcosa di molto complesso benché perfettamente naturale: l'esperienza mentale inclusiva di un organismo vivente colto, momento per momento, nell'atto di afferrare il suo mondo interno e, meraviglia delle meraviglie, il mondo esterno».

<sup>40</sup> Da qui, i due grandi approcci neuroscientifici atti ad indagare il passaggio dalle funzioni neurali alle capacità cognitive di cui si ha consapevolezza e che orientano l'azione responsabile: quello «riduzionista» e quello «antiriduzionista». Il primo che, nelle sue molteplici varianti (materialismo, naturalismo, comportamentismo, fisicalismo, teoria dell'identità di tipo e di occorrenza, funzionalismo, funzionalismo computazionale, teoria della sopravvenienza, compatibilismo, epifenomenismo, eliminativismo), sostanzialmente nega ed elimina l'esistenza della coscienza-consapevolezza e degli stati mentali o li pone come una naturale funzionalità di connessioni neurali. Tale filone ermeneutico è rappresentato, tra gli altri, da Daniel C. Dennett, Jean-Pierre Changeux, Francis H. Compton Crick, Jerry A. Fodor, Gerald M. Edelman, Hilary Putnam, Philip N. Johnson-Laird, Timothy M. Crane, Richard McKay Rorty, David M. Armstrong, Jaegwon Kim, Patricia S. Churchland, Michael S. Gazzaniga. L'altro che, all'inverso, anch'esso animato da più correnti (del dualismo delle sostanze e delle proprietà, del dualismo interazionista, del dualismo metafisico, del cognitivismo, del funzionalismo non riduttivo, dell'emergentismo, del dualismo naturalistico, del mentalismo, del naturalismo biologico o emergentismo intenzionale, del misterianismo, del pansichismo) si oppone invece alla riduzione della mente e, in particolare, della coscienza, alla semplice attività neurale. Chiaramente con lo scopo di naturalizzare l'intenzionalità umana. Tale indirizzo di ricerca è rappresentato, per dare anche qui solo alcuni riferimenti, da Karl R. Popper e John C. Eccles, Roger W. Sperry, John R. Searle, Thomas Nagel, Ned J. Block, António R. Damásio, Colin McGinn, David J. Chalmers. Per ulteriori approfondimenti, si vedano i contributi contenuti in M. DE CARO – A. LAVAZZA – G. SARTORI (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice edizioni, Torino, 2019.

<sup>41</sup> Circostanza che, secondo alcuni autorevoli studiosi, non dovrebbe destare preoccupazioni eccessive. Si dice, infatti, con «la freccia del tempo che si muove in una sola direzione, con l'idea che tutto è causato da qualcosa che avviene prima, perdiamo di vista il concetto di complementarità. Che differenza fa se il cervello dà il via a un'azione prima che ne siamo consapevoli? La coscienza è un'astrazione di sé stessa su una propria scala temporale, scala temporale che è sempre attuale rispetto alla coscienza». Così, ancora, M. GAZZANIGA, *Chi comanda?*, cit., 153-154.

<sup>42</sup> Cfr. B. LIBET, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1985, vol. 8, 529 ss.

essere umano, lo scienziato canadese ha svolto un esperimento di per sé molto semplice. Si domanda ad un individuo di pigiare di tanto in tanto un pulsante, quando lo ritiene opportuno. Davanti a sé egli ha un orologio che scandisce il tempo in centesimi di secondo. Alla persona si chiede quindi di cercare di rammentare che cosa indicava l'orologio quando ha deciso di premere il pulsante. Una numerosa serie di casi ha rivelato che intercorrono in media 200 millisecondi fra il momento della decisione di pigiare il pulsante e quello in cui lo stesso viene effettivamente premuto. Ebbene, sin qui non vi sarebbe nulla di eclatante: per la neurobiologia 200 millisecondi possono essere tutti necessari al fine di mettere in atto la decisione di premere il pulsante. Le cose sembrano andare diversamente e assumere rilevanza per il diritto ogniquivolta si va a registrare, invece, il sopracitato «potenziale di prontezza». Esso, infatti, precederebbe l'azione di 550 millisecondi, dunque di ben 350 millisecondi la decisione della persona di pigiare il pulsante. Conclusione: la coscienza sarebbe in ritardo su una parte del cervello, lasciando nell'individuo la consapevolezza di aver deciso liberamente e autonomamente (di qui la corteccia come “prestigiatrice”) di schiacciare il pulsante<sup>43</sup>. È come se il cervello sapesse che il suo possessore abbia maturato la volontà di premere il pulsante con rilevante anticipo (350 millisecondi su di esso!)<sup>44</sup>.

Tali evidenze neurobiologiche non possono non avere una qualche rilevanza sul piano giuridico, al di là delle vicende processuali che pure hanno visto, anche nel nostro ordinamento, affacciarsi in dibattito le indagini neuroscientifiche<sup>45</sup>. Si pensi alla seguente ipotesi tratta dal libro di un celebre neuroscienziato:

«[...] Supponiamo che io stia procedendo in macchina e che un motorino mi attraversi improvvisamente la strada. Se non sono troppo distratto, freno evitando di investirlo. Si tratta di un'esperienza comune e quasi quotidiana, ma esaminiamola facendone un'analisi temporale sufficientemente precisa, in termini di millisecondi, cioè di millesimi di secondo. Al «tempo 0» qualcosa mi attraversa la strada; 50-60 millisecondi dopo il mio cervello *vede* quanto sta accadendo; il mio piede – su ordine, ovviamente, del cervello – si porterà sul pedale del freno e frenerà probabilmente nel giro di 100-150 millisecondi scongiurando il peggio, ma io non sarò davvero cosciente di cosa sta succedendo se non dopo circa 500 millisecondi dall'inizio dell'episodio e non sarò in grado di dire qualcosa a proposito dell'accaduto se non dopo altri 150 millisecondi, cioè dopo 650 millisecondi

---

<sup>43</sup> Malgrado l'esito dell'esperimento, è opportuno notare come l'A. prenda le distanze da tesi deterministiche estreme. Egli, infatti, individua un ulteriore lasso di tempo minimale (circa 150 millisecondi) di cui disporrebbe la persona per poter inibire i processi cerebrali già attivi. All'uopo si parla di «libero veto», capacità riconosciuta al soggetto di amministrare gli impulsi deterministicamente generati. Per una lettura complessiva del pensiero dell'A. si veda, in lingua italiana, *Mind time. Il fattore temporale nella coscienza*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2007 (i riferimenti al «libero veto» sono rinvenibili a p. 142). Nella dottrina costituzionalistica italiana è A. D'ALOIA, *Il diritto di fronte alle neuroscienze*, in ID., *Il diritto e l'incerto del mestiere di vivere. Ricerche di Biodiritto*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, 276 ad invitare a prendere le distanze da esperimenti ritenuti troppo sommari come quello effettuato da Libet.

<sup>44</sup> Di recente, così D.C. DENNET, *Dai batteri a Bach*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2018, 407-408, sulla «coscienza umana»: una «architettura» che «dota ciascuno di noi di una prospettiva – un'illusione dell'utente – da cui abbiamo un accesso distorto ai meccanismi del nostro cervello, che in modo involontario interpretiamo erroneamente come un rendering (spalmato sul mondo esterno, su uno schermo, o un palcoscenico privato) sia delle proprietà esterne del mondo (colori, profumi, suoni...), sia di molte nostre risposte interne [...]» (corsivi aggiunti).

<sup>45</sup> Per una ricognizione dei casi giudiziari, può vedersi F. MEOLA, *Diritto e neuroscienze. Il ruolo del giudice nell'impiego delle risultanze neuroscientifiche e di genetica comportamentale in sede processuale tra ammissibilità e affidabilità della prova scientifica “nuova”*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 296 ss.

dall'attraversamento improvviso. Tutto quanto si svolge in meno di un secondo, ma in un secondo avrei potuto certamente falciare il malcapitato. Se ciò non accade, o accade di rado, è perché il mio corpo si rende conto della situazione di emergenza e vi pone rimedio ben prima che io mi accorga coscientemente di qualcosa. «Il mio corpo» significa qui l'insieme dei circuiti nervosi che dall'occhio portano l'informazione dell'evento alla corteccia visiva, e da questa alla *corteccia motoria* e poi ancora giù giù fino ai nervi che comandano i muscoli implicati nell'esecuzione della frenata. Fra la percezione visiva dell'episodio e la sua presa di coscienza da parte mia passa in sostanza quasi mezzo secondo, nonostante che nel frattempo io abbia frenato, e magari anche sterzato. Quel mezzo secondo circa separa la mia presa di coscienza di un fatto dal fatto stesso, gli accadimenti dalla loro percezione cosciente, l'inizio dell'attività cerebrale dall'emergere di una consapevolezza cosciente»<sup>46</sup>.

Non è certamente compito di chi scrive proseguire *funditus* nelle indagini neuroscientifiche. Servirebbero competenze di cui non si dispone. Né tantomeno questa pare la sede opportuna per svolgere una dissertazione tecnico-giuridica che tenga conto delle casistiche giurisprudenziali in tema di sinistri stradali. Ciò che piuttosto qui si è voluto evidenziare riportando in successione l'esperimento di Libet e la rappresentazione di Boncinelli è un aspetto ben più specifico e, al contempo, di ben più ampio respiro sul piano normativo. Quanto sostenuto dai neuroscienziati, infatti, appare più che sufficiente a convincere il giurista dell'esistenza di una precondizione umana destinata ad innervare il rapporto tra autorità e libertà (forma di Stato)<sup>47</sup>: la persona è anche – *recte*, prima di tutto – i suoi neuroni, le sue possibilità sono soltanto in parte opera della sua cosciente volontà, seppure influenzata da importanti fattori socio-culturali<sup>48</sup>.

Ne consegue che ogni forma di esercizio dei poteri costituiti – a cominciare dalla predisposizione di regole giuridiche sino a giungere al comando dell'autorità – sembra dover trovare ulteriori limiti nelle libertà dei cittadini per come (anche) disvelate dalla neurobiologia<sup>49</sup>. Una democrazia pluralistica e sociale, si vuol dire, sembra infatti chiamata a riconsiderare il sistema costituzionale dei diritti di libertà agendo perlomeno su due fronti: anzitutto andando a ridimensionare, nella determinazione dei vari regimi di responsabilità personale, quello che appare essere il sovrastimato concetto di libero arbitrio presupposto dagli ordinamenti di matrice liberale<sup>50</sup>; in secondo luogo, come subito si vedrà nel paragrafo successivo, provando costituzionalmente ad orientare la normazione verso sempre più attente forme di tutela in

---

<sup>46</sup> E. BONCINELLI, *La vita della nostra mente*, cit., 98.

<sup>47</sup> Qui, a rilevare sul piano giuridico è, come si vedrà a breve, il c.d. «diritto di essere se stessi». Diritto che, non a caso, dalla «misura» in cui è riconosciuto è possibile desumere il «livello di civiltà di una società». In tal senso, G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, La nave di Teseo, Milano, 2021, 298.

<sup>48</sup> Ed anzi, qui vengono in mente le dissacranti considerazioni di F. CRICK, *La scienza e l'anima. Un'ipotesi sulla coscienza*, Rizzoli, Milano, 1994, 17, che hanno condotto il premio Nobel ad affermare, lapidariamente: «L'ipotesi straordinaria è che proprio tu, con le tue gioie e i tuoi dolori, i tuoi ricordi e le tue ambizioni, il tuo senso di identità personale e il tuo libero arbitrio, in realtà non sia altro che la risultante del comportamento di una miriade di cellule nervose e delle molecole in esse contenute. Come avrebbe detto l'Alice di Lewis Carroll: "Non sei altro che un pacchetto di neuroni"».

<sup>49</sup> Non a caso è stato detto che «le neuroscienze [...] dimostrano che ragione e sentimento hanno nelle condotte umane pari e massima importanza». Così, G.M. FLICK, *Neuroscienze (Diritto penale)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 3.

<sup>50</sup> In argomento, su tutti, J. GREENE – J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions*, The Royal Society, 2004, 1775 ss.

grado di adeguare il sistema alle conseguenze derivanti dall'inevitabile neuro-diversità della persona umana<sup>51</sup>.

In effetti, se occorrono non poche cautele nell'intendimento degli esperimenti neurofisiologici in tema di libero arbitrio<sup>52</sup>, d'altro canto appare opportuno serbare ulteriori accortezze rispetto agli intendimenti di una categoria di grande rilievo per il diritto costituzionale – in specie, quella di «libertà» – la cui natura «polisensa» e «indeterminata» sembra quantomeno suggerire al giurista di guardare alla sua salvaguardia evitando irrigidimenti normativi<sup>53</sup>.

In fin dei conti, sono queste delle deduzioni (neurogiuridiche) che discendono da intuizioni (neurobiologiche) nient'affatto nuove, sebbene rassicurazioni in tal senso da parte della comunità scientifica siano sopraggiunte soltanto in tempi recenti. È stato detto, ormai da qualche tempo: «Gli uomini dovrebbero sapere che da nient'altro, se non dal cervello, derivano la gioia, i piaceri, i dispiaceri e i dolori, così come lo sconforto e il lamento. Ed è mediante il cervello che noi acquistiamo saggezza e conoscenza, e che possiamo sentire e riconoscere ciò che è bene e ciò che è male, ciò che è buono e ciò che è cattivo, ciò che è dolce e ciò che è amaro [...]. [...] il cervello è anche la dimora della follia e del delirio, delle paure e delle angosce che ci assalgono notte e giorno [...]. Sembrano essere queste le parole di un moderno neuroscienziato. Siamo invece nel V secolo a. C., ed a parlare è Ippocrate<sup>54</sup>.

### 3. Neurodiritti (della persona) o neurolimiti (allo Stato)?

Chiarito che quello dell'origine della coscienza costituisce, non solo per le neuroscienze, il “problema dei problemi”<sup>55</sup>, sembra adesso possibile volgere lo sguardo su alcune questioni di carattere propriamente costituzionale in una prospettiva segnata, se si vuole, da minori ombreggiature<sup>56</sup>.

Anzitutto occorre sgomberare il campo da alcuni possibili equivoci. Ad esempio, non si deve credere che le implicazioni neuroscientifiche si risolvano prevalentemente in questioni giuridiche legate al regime della responsabilità personale, civile o penale che sia<sup>57</sup>. Né, tantomeno, sembra possibile pensare che la maggior

---

<sup>51</sup> Sottolinea la centralità della «persona umana» e, dunque, immagina il «principio personalista» come una sorta di bussola per gli interpreti rispetto «all'uso giudiziario delle neuroscienze o dell'IA», F.G. PIZZETTI, *La Costituzione e l'uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell'intelligenza artificiale): spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 2/2019, 709 ss.

<sup>52</sup> Le cui ragioni sono ben riportate, tra gli altri, da M. DE CARO, *Le neuroscienze cognitive e l'enigma del libero arbitrio*, in M. DI FRANCESCO – M. MARRAFFA (a cura di), *Il soggetto, Scienze della mente e natura dell'io*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, 155 ss.

<sup>53</sup> D'altro canto, come ebbe a dire W.F. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (1830), Laterza, Roma-Bari, 1984, par. 482, 473, «di nessun'idea si sa così universalmente, che è indeterminata, polisensa, e adatta e perciò realmente soggetta ai maggiori equivoci, come dell'idea della libertà; e nessuna corre per le bocche con così scarsa coscienza».

<sup>54</sup> Cfr. IPPOCRATE, *La malattia sacra*, Marsilio, Venezia, 1996, 297.

<sup>55</sup> Riecheggando le densissime considerazioni di J.R. SEARLE (1992), *La riscoperta della mente*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, 14 ss.

<sup>56</sup> È interessante notare sin d'ora un dato di natura formale: la nostra Costituzione non menziona esplicitamente la «libertà di coscienza». La annoverano molte altre Costituzioni del c.d. mondo occidentale, così come pure alcuni documenti internazionali (si veda, ad esempio, l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo). Nel nostro ordinamento, invece, si è scelto soltanto di «presupporla», forse a causa del timore che con essa potesse essere costituzionalizzata un'inaccettabile forma di «relativismo morale». In tal senso, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Mondadori Education, Firenze, 256.

<sup>57</sup> Ne dà ampiamente conto, tra gli altri, F.X. SHEN, *Law and Neuroscience 2.0*, in *Arizona State Law Journal*, 2017, vol. 48, 1043 ss. Lo stesso caso di *neurolaw* descritto poco sopra da Boncinelli, sebbene immediatamente riconducibile a tali branche del diritto (che hanno il compito

parte delle problematiche normative in potenza investite dagli sviluppi neuroscientifici siano, di fatto, destinate a restare sospese in un qualche impalpabile universo di olimpiche astrattezze<sup>58</sup>.

A ben vedere, il *neurolaw* appare invece bisognoso di essere collocato all'interno di un più ampio discorso costituzionale avente ad oggetto due "basamenti" tra loro saldamente collegati. Il primo è quello, per così dire, più visibile, dacché investe il tradizionale sistema di garanzie tratteggiato dai diritti di libertà predisposto a tutela delle «coscienze»<sup>59</sup>; l'altro, invece, è individuabile nell'architrave più ombrosa, che fa da corrispettivo alle libertà in quanto di esse si alimenta in un articolato processo dialettico: ci si riferisce alle manifestazioni del potere<sup>60</sup>. Libertà e potere, dal cui rapporto notoriamente scaturisce la "forma di Stato", sono infatti due situazioni in concreto inseparabili<sup>61</sup>. Lo ha spiegato molto bene Michel Foucault trattando della «sovranità». Quest'ultima, infatti, tradizionalmente la si immagina come un astratto rapporto «antagonistico» tra dominanti (poteri costituiti) e dominati (collettività su cui si esercita il potere nel formale rispetto delle fonti normative vigenti). Quando invece, in realtà, tale rapporto sembra essere «agonico», riguardando, più precisamente, proprio la relazione conflittuale che storicamente si instaura tra «potere» e «libertà». Il potere, infatti, si nutre della libertà di chi vi è assoggettato. Anzi, poiché senza la libertà dei singoli esso non potrebbe neppure essere concepito, il potere spesso genera libertà – anche irrealizzabili – per autoalimentarsi e restare in vita<sup>62</sup>. Non esiste, invero, «un faccia a faccia di potere e libertà, con un reciproco gioco di esclusione (là dove si esercita il potere la libertà scompare); ma un gioco molto più complesso; un gioco nel quale la libertà appare come condizione di esistenza del potere, ora sua premessa, affinché si dia esercizio del potere è infatti necessaria la libertà, ora come supporto permanente, in quanto se essa si sottraesse al potere che su di lei si esercita, quello stesso potere scomparirebbe all'istante e dovrebbe ricercare un sostituto nella coercizione pura e semplice della violenza»<sup>63</sup>.

Che cosa c'entri tutto questo con il *neurolaw* è presto detto. Si ritorni con la mente a quello che si è definito il primo "basamento" del discorso (il sistema costituzionale delle libertà) e si osservi il piano normativo. Si scopre che ciò che sembrano aver generato nella contemporaneità le neuroscienze è un ulteriore

---

di definire, per le parti a processo, il campo di imputazione, il nesso causale, la responsabilità, i risarcimenti, etc.), non può non essere collocato in un più ampio discorso sulla legalità costituzionale.

<sup>58</sup> Diversamente da quanto invece sembra sostenere J.C. BUBLITZ, *Novel Neurorights: From Nonsense to Substance*, in *Neuroethics*, n. 17/2022, 12, secondo cui le neuroscienze non rilevarebbero affatto per la dimensione giuridica.

<sup>59</sup> Ed infatti, come opportunamente è stato detto, senza la libertà di coscienza «nessun'altra libertà avrebbe significato». Cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 257.

<sup>60</sup> Su cui, sia consentito il rinvio al mio *Sovranità e «microfisica del potere»*, in A.M. NICO – G. LUCHENA (a cura di), *L'Unione europea e i «diritti abbandonati»*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, fasc. n. 2/2016.

<sup>61</sup> Come rammenta N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, 74, «La storia della libertà procede di pari passo con la storia delle privazioni delle libertà: se non ci fosse la seconda non ci sarebbe neppure la prima».

<sup>62</sup> Riconosce, ad esempio, formalmente un nuovo diritto di libertà ai consociati, nella consapevolezza che non potrà essere realizzato da tutti. È il caso, per restare al vertice della normatività, del «diritto al lavoro», storicamente condizionato dalle leggi di domanda e offerta del mercato (non pare essere mai esistito uno Stato-comunità con un tasso di piena occupazione dei suoi lavoratori).

<sup>63</sup> Le citazioni nel testo sono tratte da M. FOUCAULT, *Deux essais sur le sujet et le pouvoir*, in ID., *Dits et Ecrits*, IV, Gallimard, Paris, 1994, 240.

catalogo di «nuovi diritti»<sup>64</sup>, a cui il cittadino dovrebbe poter fare appello per apprestare un'adeguata tutela all'*habeas mentem*. È il caso dei c.d. «neurodiritti», di cui ha partitamente discusso la prof.ssa De Minico in sede convegnistica, riprendendo le riflessioni di Ienca e Andorno<sup>65</sup>. Sarebbero gli stessi sviluppi delle neurotecnologie – foraggiate da ingenti investimenti di soggetti privati interessati a trarre vantaggio dalla mercificazione di dati personalissimi (c.d. dati neurali) – a mettere a repentaglio la tutela dei diritti fondamentali della persona e, in particolare, “nuove” libertà di natura cognitiva<sup>66</sup>. Di qui la necessità di individuare, catalogandole, ulteriori fattispecie di diritti di libertà fondamentali, se del caso andando financo a revisionare il testo delle Costituzioni<sup>67</sup>.

Tuttavia, un aspetto per nulla indagato – quantomeno per quanto consta a chi scrive – è quello che tenta di interpretare le condizioni di libertà costituzionali riconosciute ai cittadini tenendo conto delle conseguenze che le neuroscienze sembrano imporre al complesso sistema dei poteri costituiti di uno Stato-ordinamento<sup>68</sup> (il secondo termine - “basamento” del rapporto dialettico). Situazioni che, lette in

---

<sup>64</sup> Fenomeno che, come noto, ha tempo diviso la dottrina. Basti qui rievocare le contrastanti posizioni di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990, 4 ss., il quale nega la possibilità di utilizzare l'art. 2 Cost. per riconoscere nuovi diritti, in quanto ad ogni nuovo diritto corrisponderebbe anche un nuovo obbligo giuridico; e quella, tra gli altri, di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 80 ss., che invece ritiene l'art. 2 una fattispecie «aperta», come tale idonea a recepire nuovi diritti che dovessero maturare nella coscienza sociale.

<sup>65</sup> Secondo tali autori sarebbe possibile nucleare quattro neurodiritti: quello alla «libertà cognitiva», quello alla «privacy della mente», quello «all'integrità della mente» e quello «alla continuità psicologica». Per maggiori ragguagli sull'argomento, si veda, diffusamente, M. IENCA – R. ANDORNO, *Toward New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology*, in *Life Sciences, Society and Policy*, n. 13/2017, *passim*. Per una recente ricostruzione delle problematiche, si veda il contributo di F. CIRILLO, *Neurodiritti: ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela*, in *ConsultaOnline*, fasc. II/2023, 666 ss.

<sup>66</sup> L'esigenza di nuove forme di protezione della mente della persona umana non è stata soltanto avvertita da una parte della dottrina. Ad aver manifestato volontà in tal senso sono stati anche soggetti istituzionali come l'Unesco (cfr. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724>), l'Ocse (cfr. <https://www.oecd.org/science/recommendation-on-responsible-innovation-in-neurotechnology.htm>), il Consiglio d'Europa (cfr. <https://rm.coe.int/round-table-report-en/1680a969>), nonché il Parlamento europeo (cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo sulla «Artificial Intelligence in a Digital Age», § 247), autorità indipendenti (si pensi al Garante della *privacy* del nostro Paese che, di recente, come visto *supra*, ha organizzato sul tema un apposito Convegno) e alcuni Stati (è il caso della Spagna attraverso la *Carta de Derechos Digitales*, consultabile al seguente indirizzo: [https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion\\_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf](https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf)).

<sup>67</sup> È quanto si è tentato di fare in Cile, con la proposta di revisione dell'art. 19, all'interno di un più ampio processo costituente. Tale articolo, nell'imporre il «*respeto a la vida y a la integridad física y psíquica*», annoverava una riserva di legge chiamata a tutelare i cittadini dallo sviluppo scientifico e tecnologico. In particolare, si stabiliva che la «*ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*». Su tale novella, si veda P. LÓPEZ SILVA – R. MADRID, *Acerva de la protección constitucional de los neuroderechos: la innovación chilena*, in *Prudentia Iuris*, n. 94/2022, 39 ss. Più in generale, sulle cause che hanno portato alla bocciatura della Convenzione costituzionale cilena, S. BAGNI, «*Era un gioco, non era un fuoco*». *Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in *DPCE online*, n. 4/2022, 1789 ss.

<sup>68</sup> In parte collegato al discorso che qui si sta cercando di abbozzare è il tema, più generale, della «condizione di salute» di una «istituzione». Una risposta ad una serie di domande («Quando una istituzione si ammala? Quando invece respira bene ed è generativa? Quando produce sintomi che ne invalidano in modi differenti il funzionamento e quando invece è in grado di fare prevalere la sua forza propulsiva sull'inerzia sintomale? Quando, insomma, in una istituzione prevale la pulsione di morte e quando invece prevale quella di vita?») è offerta, in chiave lacanianiana, da M. RECALCATI, *Il campo*

chiave di limite all'esercizio del potere, paiono condurre ad una sorta di ampliamento delle libertà negative del cittadino<sup>69</sup>, tutte le volte in cui a richiederlo sono questioni riconducibili alla libertà di coscienza, da intendersi come «identità morale della persona»<sup>70</sup>. E questo, in molte ipotesi anche a Costituzione invariata, dovendo lo Stato astenersi dall'interferire nei casi in cui un'interpretazione storico-evolutiva del dettato costituzionale consentirebbe ai singoli il raggiungimento di maggiori spazi di libertà<sup>71</sup>. In tali casi, ad essere vantati dalla persona, non sarebbero direttamente nuovi *neurodiritti* (come pure in parte potrebbe ammettersi laddove ad incidere sulle libertà dei singoli siano esclusivamente poteri di natura privatistica, caso *Neuralink doce*<sup>72</sup>), ma ad essere pretesi dalla stessa sarebbero *neurolimiti* all'esercizio del potere<sup>73</sup>.

Non si tratta di una semplice questione terminologica. Visto che, mentre nel primo caso (libertà lette al di fuori della dialettica che esse instaurano con il potere), le maggiori garanzie di libertà richiederebbero un ulteriore ampliamento del catalogo dei nuovi diritti<sup>74</sup>; nell'ipotesi in cui la lettura diviene quella che

---

*istituzionale tra Legge e desiderio: abbozzo per una teoria clinica dell'istituzione*, in M. DI PIERRO – F. MARCHESI – E. ZARU (a cura di), *Istituzione. Filosofia, politica, storia*, Quodlibet, Macerata, 2020, 35 ss.

<sup>69</sup> Libertà che, come ricorda Bobbio (rievocando implicitamente il lavoro di I. BERLIN, *Four essay on liberty*, Oxford, 1969 sui fondamentali concetti di «libertà negativa/positiva», riguardano «situazion[i] in cui un soggetto ha la possibilità di agire senza essere impedito, o di non agire senza essere costretto, da altri soggetti». Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 45.

<sup>70</sup> È così che definiscono la libertà di coscienza G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 257.

<sup>71</sup> Del resto, come si è avuto modo di precisare in altri luoghi, l'interpretazione conforme a Costituzione altro non è che uno strumento argomentativo utilizzabile dal decidente teso costantemente a storicizzare il dato normativo. Cfr. A. GUSMAI, *Giurisprudenza, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015, 52 ss.

<sup>72</sup> Le vicende legate a *Neuralink* (*start-up* americana fondata nel 2016 da Elon Musk) sono emblematiche. Il 19 settembre scorso, invero, il gruppo di ricerca capitanato dall'uomo più ricco al mondo, ha annunciato su X (*ex* Twitter) l'inizio del reclutamento di volontari a cui impianterà un *microchip* neurale. Si tratterebbe della prima sperimentazione con soggetti umani di un'interfaccia cervello-computer (*BCI, Brain-Computer interface*), il cui scopo ultimo sarebbe quello di consentire a pazienti con paralisi di controllare oggetti (un cursore, una tastiera) attraverso il solo pensiero. Tra le altre aspettative di *Neuralink* v'è anche quella di restituire la vista ai ciechi e curare malattie psichiatriche. Il primo impianto su un essere umano è avvenuto nel gennaio scorso e, ad oggi, le cautele della comunità scientifica in merito ai risvolti dell'intervento non sono poche (occorrerà qualche anno per capire quali saranno le effettive conseguenze dell'operazione). Se da una parte c'è chi sostiene che la riuscita di tali sperimentazioni potrebbe valere a Musk il premio Nobel, non appaiono isolate le voci di quanti invece ritengono preoccupanti gli ulteriori sviluppi di tali ricerche (a cominciare dal piano etico).

<sup>73</sup> Tesi, quella qui sostenuta, che pare trovare un qualche fondamento anche nella giurisprudenza costituzionale, allorché si è statuito: «A livello dei valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima» (Corte cost., sent. n. 467 del 1991, *Considerato in diritto* n. 4).

<sup>74</sup> ... che, delle volte, in realtà produce il solo effetto di indebolire la posizione soggettiva dei singoli. A sottolinearlo è anche O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLAWs*, n. 2/2021, 12, secondo il quale «nuovi diritti, non portano per forza di cose ad un innalzamento della tutela dei valori al gioco. Al contrario, l'inflazione dei diritti non può che portare al conflitto e quindi all'effetto esattamente contrario».

impone allo Stato di arrestarsi dinanzi a situazioni che non possono essere suscettibili di omologazione (di qui i neurolimiti), il soggetto troverebbe ampia tutela già nell'intero, vigente, sistema costituzionale preposto alla tutela dei diritti di libertà<sup>75</sup>.

A venire in rilievo sono dunque tutte quelle limitazioni normativo-cognitive, di fatto aventi la funzione di garantire, come si accennava, l'individuo da pretese dell'autorità "uniformizzanti", ossia in contrasto con il «diritto fondamentale alla pratica della coerenza». Diritto che vuole la persona umana libera di poter vivere la propria identità morale, «senza dover simulare convinzioni che non si hanno o dissimulare convinzioni che si hanno»<sup>76</sup>. È il caso, su tutti, del valore costituzionale della dignità umana (art. 3 Cost.), dai poteri pubblici spesso tacitamente declinato per impedire ai singoli la realizzazione di condotte paternalisticamente ritenute "indegne"<sup>77</sup>, seppur socialmente diffuse e, comunque, in parte legittimamente rientranti in quello che è oggi il c.d. diritto all'autodeterminazione<sup>78</sup>. Situazione giuridica ampliativa delle libertà del singolo, quest'ultima, sul piano costituzionale riconosciuta non senza alcune resistenze<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Lettura del sistema delle libertà che non può che essere anche «tecnologicamente orientata», come sembra suggerire lo stesso O. POLLICINO, *Ibid.*, 12.

<sup>76</sup> Secondo l'interpretazione offerta da G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 257, da cui sono tratte le citazioni nel testo. Quanto al tema, ad esso connesso, della c.d. «obiezione di coscienza», la dottrina l'ha definita ora come «diritto a non essere costretti a tenere comportamenti in contrasto con i dettami della propria coscienza» (L. MUSSELLI, *Libertà religiosa e di coscienza*, Utet, Torino, 1994, 216); o come diritto «di comportarsi in coerenza con le proprie convinzioni di coscienza» (G. DI COSIMO, *Libertà di coscienza e scelta della cura*, in G. DI COSIMO – A. PUGIOTTO – S. SICARDI (a cura di), *Libertà di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 19); o, ancora, come «l'atteggiamento di chi rifiuta di obbedire ad un obbligo giuridico (previsto da una legge o discendente dal comando di un'autorità), invocando pubblicamente l'esistenza di un imperativo della coscienza che vieta di tenere il comportamento prescritto o impone di tenere il comportamento vietato» (B. RANDAZZO, *Obiezione di coscienza (Dir. cost.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 3869).

<sup>77</sup> Come se lo Stato fosse legittimato, attraverso l'autorità, a poter stabilire ciò che è "giusto" e quel che è "sbagliato" per il bene di ciascuno. Per una serrata critica a tale modo di concepire l'esercizio dei pubblici poteri, si veda G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*.

<sup>78</sup> Un'interpretazione restrittiva (se non proprio privativa) della dignità umana è resa possibile dal fatto che l'Autorità pubblica potrebbe farsi promotrice non già della «libertà di coscienza» degli individui, bensì comportarsi come gestrice di una presunta «coscienza sociale» di maggioranza. Di qui l'importanza di una concezione relativa della dignità umana, principio-valore da cui dipende tanto l'estensione, quanto la compressione della libertà di coscienza. Fanno discendere quest'ultima dalla dignità umana (oltre che dai «diritti inviolabili dell'uomo»), G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 257, rievocando come già «Socrate fu messo a morte precisamente perché corrompeva la gioventù, seguendo il motto «conosci te stesso», cioè vivi la tua interiorità, perché lì, piuttosto che negli *idola fori* (gli idoli della piazza), sta la verità (*Noli foras ire, in te ipsum redi, in interiore homine habitat veritas*, disse Sant'Agostino: non andare cercando la verità fuori di te, ma in te stesso).

<sup>79</sup> Se il diritto all'autodeterminazione è ormai stato positivizzato dal legislatore nazionale (da ultimo nella L. n. 219/2017), in dottrina v'è chi continua a dubitare che lo stesso abbia una copertura costituzionale. In merito si veda, tra gli altri, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, relazione tenuta al IV Laboratorio Sublacense su "La comunità familiare e le scelte di fine vita", svoltosi nell'Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, il 3-5 luglio 2009, rinvenibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), secondo il quale «la Costituzione, che si esprime con un linguaggio giuridico in termini di diritti e di libertà, non esprime una nozione di autodeterminazione, ma semmai può qualificare alcune scelte e decisioni dell'individuo in modo puntuale» (p. 3). In realtà, il principio di autodeterminazione, non solo ha ormai piena dignità costituzionale, ma possiede anche un «nucleo essenziale» che non può essere totalmente compromesso neppure a fronte del bilanciamento con il «diritto alla vita». In tal senso, G. DI COSIMO, *La Cassazione fra coscienza e incoscienza*, in AA.VV.,

Si è finiti, così, solo per citare alcuni esempi, a comprimere importanti spazi di «libertà positiva»<sup>80</sup> per vietare l'eutanasia<sup>81</sup>, per comminare pene al fine di disincentivare l'assunzione di sostanze ritenute medicamentose ad altre latitudini<sup>82</sup>, per discriminare in base al sesso o a causa del travalicamento della stessa idea di “genere”<sup>83</sup>, per impedire matrimoni tra omosessuali e filiazione omogenitoriale<sup>84</sup>, per non disciplinare il fenomeno del meretricio<sup>85</sup> (e, sino a ieri, a punire l'ausilio ad una morte dignitosa<sup>86</sup>,

---

*Scritti in onore di Alessandro Pace*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 1381, il quale non manca di sottolineare che entrambi i diritti hanno «pari rango costituzionale».

<sup>80</sup> Da intendersi, come la si è intesa «nel linguaggio politico», come «la situazione in cui un soggetto ha la possibilità di orientare il proprio volere verso uno scopo, di prendere delle decisioni, senza essere determinato dal volere altrui». Non a caso, si è puntualizzato, tale «forma di libertà si chiama anche ‘autodeterminazione’ o, ancor più appropriatamente, ‘autonomia’». Si veda, ancora, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, cit., 48 ss.

<sup>81</sup> Come ricorda S. RODOTÁ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 276, nt. 40, nel nostro Paese la questione dell'autodeterminazione legata al fine vita «è stata pesantemente inquinata da fondamentalismi religiosi, strumentalizzazioni politiche, approssimazioni giuridiche».

<sup>82</sup> È il caso, da ultimo, delle vicende legate all'*Ayahuasca*, infuso psichedelico di diverse piante amazzoniche bevuto dagli appartenenti al gruppo denominato *Santo Daimé* in quanto ritenuto una medicina naturale per il corpo e per l'anima. La sostanza, poiché misconosciuta dalla medicina occidentale, da febbraio 2022 è stata inserita dal Ministero della Salute nell'elenco delle sostanze vietate.

<sup>83</sup> Una bella e stimolante lettura può essere, da ultimo, la riflessione di T. GAZZOLO, *Maschi in crisi? In dialogo con Cesare Pinelli*, in *mondoperaio*, n. 2/2024, 13 ss., il quale rammenta, tra le altre problematiche che investono il tema, un dato di non poco rilievo in termini di ricadute sul sistema delle libertà costituzionali: il «diritto italiano considera “uomo” e “donna” come termini che si riferiscono al sesso, e non al genere» (p. 19).

<sup>84</sup> Come noto, mentre il legislatore è in parte intervenuto a regolamentare le unioni omoaffettive, la questione della omogenitorialità è, nel nostro Paese, ancora lasciata agli ondivaghi orientamenti giurisprudenziali. Creando, come pure si è avuto modo di sottolineare ormai da qualche tempo, non pochi problemi legati soprattutto al rispetto del principio di eguaglianza e del *best interests of the child*. Cfr. A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, 1 ss.

<sup>85</sup> In argomento, si vedano le considerazioni di L. LEO, *Ripensare la prostituzione in un'ottica di evoluzione sociale. Brevi spunti a partire dall'esperienza neozelandese*, in *Quotidiano Legale*, n. 1/2024, reperibile al seguente indirizzo: <https://www.quotidianolegale.it/ripensare-la-prostituzione-in-unottica-di-evoluzione-sociale-brevi-spunti-a-partire-dallesperienza-neozelandese/>.

<sup>86</sup> Notoriamente sino al celebre caso “Cappato” (cfr. Corte Cost., sent. n. 242 del 2019), sebbene al momento manchi ancora una disciplina nazionale tesa a dare uniforme attuazione ai precetti contenuti nella pronuncia. Per maggiori ragguagli, nonché per una ricognizione della sterminata letteratura non soltanto costituzionalistica, cfr. A. GUSMAI – A. DI MAIO, *L'ordinamento “incappa” in Cappato. Alcuni rilievi a margine di Corte cost., sent. n. 242 del 2019*, in *Rivista penale*, n. 5/2020, 548 ss.

l'interruzione volontaria della gravidanza<sup>87</sup>, l'adulterio della donna<sup>88</sup>, la manifestazione del pensiero contraria al «buon costume»<sup>89</sup>, oltre che a censurare non poche espressioni artistico-cinematografiche<sup>90</sup>. In fondo questo sembrano dirci le neuroscienze. Tanto il valore relativo della dignità umana, quanto l'essenza del principio di uguaglianza (formale e sostanziale) incarnano principi che pretendono un esercizio delle libertà non omologanti<sup>91</sup>. Essi hanno a che fare con le capacità cerebrali di ciascuno e,

---

<sup>87</sup> Consentita a partire dalla l. n. 194 del 1978. Normativa, peraltro, da più parti ritenuta superata, specie nella misura in cui non riuscirebbe a tutelare le donne dagli alti tassi di obiezione di coscienza opposti dai medici nelle strutture sanitarie pubbliche. Si veda, sul punto, S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 1 ss.

<sup>88</sup> Notoriamente, lo stesso giudice delle leggi, dopo aver in prima battuta rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559 c.p. (che puniva sino a due anni di reclusione soltanto la donna fedifraga), ha capovolto l'esito in un clima sociale e culturale profondamente mutato nei riguardi del genere femminile (cfr. sentt. n. 64 del 1961 e n. 126 del 1968).

<sup>89</sup> Considerata dalla Corte costituzionale, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, vera e propria «pietra angolare dell'ordine democratico» (sent. n. 84 del 1969), la libertà di manifestazione del pensiero ex art 21 Cost. ha notoriamente dovuto fare i conti con la clausola elastica del «buon costume» contenuta nell'ultimo comma della stessa disposizione, in qualità di limite all'esercizio della libertà stessa. Concetto indeterminato che, anche se poi ricondotto alla sola «morale sessuale» penalisticamente intesa (art. 529 c.p.), non ha impedito allo stesso giudice delle leggi di assumere decisioni fortemente limitative delle libertà cognitive del singolo. È il caso, ad esempio, di Corte cost., sent. n. 9 del 1965, con cui la Consulta ha rigettato una questione di costituzionalità concernente il delitto di incitamento a pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p.), in virtù di un'interpretazione restrittiva del divieto in oggetto. In tale occasione ha, infatti, statuito che il buon costume «risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale» (*Considerato in diritto* n. 5). Tale decisione è stata poi rovesciata con la sent. n. 49 del 1971, in cui la Corte ha evidentemente preso atto dell'evoluzione della coscienza sociale nel frattempo affermata, che l'ha condotta a non ravvisare nella trattazione e nella propaganda della contraccezione un'offesa al buon costume. Si veda, in argomento, diffusamente, M. MANETTI, *Art. 21*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 212 ss.

<sup>90</sup> La lista dei film denunciati per «offesa alla morale» è lunghissima. Si pensi, tra i più celebri: *Mamma Roma* (1962), *La ricotta* (1963), *Teorema* (1968), *Il Decameron* (1971), *I racconti di Canterbury* (1972), *Salò o le 120 giornate di Sodoma* (1975), di Pasolini; *Blow-up* (1966) di Antonioni, *I diavoli* (1970) di Ken Russell, *Soffio al cuore* (1975) di Louis Malle; *La proprietà non è più un furto* (1973) di Elio Petri; *La grande abbuffata* (1973) di Marco Ferri, *Novecento* (1976) di Bertolucci, *Il portiere di notte* (1974) e *Al di là del bene e del male* (1977) di Liliana Cavani. La condanna ingiusta di distruggere tutte le copie di *Ultimo tango a Parigi* (1972): il film di Bernardo Bertolucci fu scagionato da una sentenza riparatrice solo nel 1987. *A Salò o le 120 giornate di Sodoma* di Pasolini venne negata la nazionalità italiana, mentre per «vilipendio della religione di Stato» ebbe luogo il sequestro di *Il pap'occhio* (1980) di Arbore; ancora nel 1998 un capo di imputazione analogo toccò al film *Totò che visse due volte* di Daniele Cipri e Franco Maresco.

<sup>91</sup> In argomento, il Kelsen più maturo delle *Lezioni americane* è stato assai chiaro. È «della massima importanza avere la consapevolezza del fatto che non esiste un unico sistema morale o politico, e che, al contrario, in epoche differenti e in società differenti, vengono considerati validi, dagli uomini che vivono sotto di essi, numerosi sistemi morali e politici estremamente diversi tra loro». E tanto perché, continua il giurista praghese, se «si prende in considerazione il fatto che in differenti società sono stati, sono, e probabilmente sempre saranno presupposti come validi numerosi sistemi morali e politici differenti, allora si deve ritenere che i valori costituiti da questi sistemi abbiano un carattere soltanto relativo». Il riferimento è alla lezione *Politica, etica, diritto e religione*, che fu tenuta da Kelsen nel 1962 presso la Boalt Hall (la School of Law della Università della California di Berkeley). Tale riflessione documenta l'intento, sentito in modo particolare da Kelsen tra gli anni '50 e '60 del secolo scorso, di ridefinire ed esplicitare i rapporti tra teoria del diritto, etica, politica e religione. In quegli anni, infatti, Kelsen aveva avviato una decisa polemica contro alcuni orientamenti della scienza politica e della teoria della cultura che, attraverso il concetto di «religione secolare», tendevano a mettere in discussione lo spirito scientifico e filosofico della modernità. La citazione nel testo è tratta dalla raccolta di lezioni curata da P. Di Lucia e L. Passerini Glazel dal titolo *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, Quodlibet, Macerata, 2015, 141-142. In merito, si veda, anche, H. KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, Raffaello Cortina, Milano, 2014, ultimo libro della sua ricchissima produzione scientifica pubblicato soltanto postumo (nel 2012) dall'Istituto Hans Kelsen di Vienna.

quindi, necessitano di interpretazioni-applicazioni normative quanto più possibile rispettose delle diverse coscienze che inevitabilmente sgorgano da quelle<sup>92</sup>.

Del resto, è lo stesso art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, da quasi un quarto di secolo, invita gli Stati a tutelare «l'integrità mentale», al fine di impedire pregiudizi «all'attività neuronale della persona»<sup>93</sup>. Principio, si ritiene, che in un'ottica di integrazione tra Carte di rilievo costituzionale, ben potrebbe arricchire la portata generale dell'art. 13 della nostra Carta repubblicana, nella parte in cui obbliga i pubblici poteri a rispettare non solo l'integrità «fisica», ma anche quella «morale» (che non può che essere anche neuronale) della persona umana comunque sottoposta a restrizioni di libertà<sup>94</sup>. Operazione ermeneutica, quest'ultima, che ancor più sembra alimentare e dar senso al ragionamento sin qui svolto sui neurolimiti all'esercizio dell'Autorità, sol che si pensi alle condizioni psichiche (oltre che fisiche) della persona ristretta negli istituti penitenziari<sup>95</sup>. Spazi amministrati dal potere pubblico, in cui, non di rado, ad essere *in vinculis* pare innanzitutto essere qualsivoglia declinazione del valore della dignità umana<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Come opportunamente è stato scritto da un'autorevole dottrina, in parte riprendendo il pensiero di TOCQUEVILLE (in *«La democrazia in America»*, Einaudi, Torino, 2006), è lo stesso «ethos democratico» che pretende una continua lotta contro l'«uguaglianza-omologazione». Una «democrazia che vuole preservarsi dalla degenerazione demagogica deve curare nel massimo grado l'originalità di ciascuno dei suoi membri e combattere la passiva adesione alle mode». Diversamente, si aprirebbe «la strada alla tirannide della maggioranza». Così, G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2005, 18-20.

<sup>93</sup> In tal senso, M. IENCA, *Neurodiritti: storia di un concetto e scenari futuri*, in AA.VV., *Privacy e neurodiritti*, cit., 49-50.

<sup>94</sup> Sulla necessità di evitare «campanilismi» interpretativi, ossia sulla possibilità che i principi contenuti nelle Carte di rilievo costituzionale, per come interpretati dalle varie Corti, si integrino tra loro, si veda, su tutti, A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2001, 544 ss., il quale, a tal proposito, perspicuamente parla di «Costituzioni intercostituzionali».

<sup>95</sup> Secondo il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale della Regione Calabria, «sono ormai diverse le indagini scientifiche che coinvolgono il circuito penitenziario, comprovando le conseguenze nefaste del sovraffollamento, della deprivazione, dell'isolamento prolungato, dell'assenza di cure o dei fattori di contaminazione dell'ambiente (inquinamento, sistema fognario, smaltimento dei rifiuti, presenza di amianto e piombo, schermature alle finestre. Le novità di tali ricerche consistono nell'aver dimostrato come gli effetti, oltre ad essere nocivi per la salute dei detenuti e dell'intera comunità penitenziaria, generino deficit cerebrali e comportamentali che compromettono le possibilità di riabilitazione e di recupero della persona. [...]. Esiste, in altri termini, una sensibilità neurobiologica dell'individuo che riguarda l'ambiente e le relazioni di cui occorre tenere conto ogni qualvolta si affronta il tema dei luoghi di detenzione o del trattamento sanitario. Le scoperte delle neuroscienze, quindi, possono fornire il loro contributo all'umanizzazione del diritto, al rispetto della dignità e all'individuazione dei percorsi di riabilitazione, così come previsto dalla Carta costituzionale, dall'Ordinamento penitenziario e dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo». Cfr. L. MUGLIA, *Carcere «allo specchio»: ecco come le neuroscienze ci aiutano a capire*, in *www.ristretti.org*, 17 febbraio 2024.

<sup>96</sup> Il tema è sconfinato e la letteratura (oltre che la giurisprudenza) vastissima. Non essendo questo il luogo più opportuno per ripercorrerne le problematiche, basti qui rilevare quanto segue. Come da tempo è stato detto da una parte della dottrina, specie a seguito della nota «sentenza Torreggiani» (Corte di Strasburgo, 8 gennaio 2013), poiché «la persona umana consiste nell'unione inscindibile di corpo e spirito, ogni situazione estrema di costrizione fisica, di mancanza di beni essenziali per una vita deccente si converte in una lesione della dignità». Del resto, «la dignità non si acquista per meriti e non si perde per demeriti» (così, G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 5). Ciò significa che per il pubblico potere la «reclusione implica la responsabilità di farsi carico della realizzazione esistenziale della persona detenuta» (*ivi*, F. VIOLA, *I diritti in carcere*, 4). In tale prospettiva, dunque, bene sembra aver fatto – da ultimo – il giudice delle leggi a riconoscere la libera espressione dell'affettività dei detenuti, con ciò andando ad innovare il proprio precedente orientamento restrittivo (cfr. sent. n. 301 del 2012). Come infatti si legge

Ancora oggi, come d'altronde sin dalle origini del costituzionalismo moderno, la scienza costituzionalistica sembra costantemente essere chiamata ad individuare limiti alle sempre possibili degenerazioni del potere<sup>97</sup>. Questa volta, però, e sempre che non scelga di restare chiusa nel suo fortillio disciplinare, pare non essere affatto sola<sup>98</sup>.

#### 4. I neuroni del giudice e l'“intelligenza artificiale” del legislatore

L'intitolazione di questo paragrafo potrebbe apparire quasi irriverente. Non lo è affatto. Di seguito, al più, si rinverranno solo alcune considerazioni di *neurolaw* tese ad osservare – senza pregiudizi ideologici – il rapporto dialettico intercorrente, questa volta, fra gli organi della produzione normativa. Nessun sarcasmo, dunque, ma solo qualche riflessione condita da una sana punta di (gius)realismo<sup>99</sup>.

In particolare, non si darà conto delle plurime aporie che oggi investono la rappresentanza, al pari del funzionamento dell'ordine giudiziario<sup>100</sup>. Piuttosto, ciò che adesso si vuole mettere in evidenza, è un ben preciso aspetto, di natura fisiologico-ordinamentale. Mentre, infatti, è comunemente riconosciuto dalla dottrina che le disfunzioni relative ad entrambi i poteri appaiono strettamente dipendenti – specie in un ordinamento come il nostro, in cui lo stesso diritto è spesso il prodotto di una dialettica assai riottosa tra organi della produzione legislativa (Parlamento-Governo) e organi della realizzazione normativa dell'ordine costituzionale (le Magistrature, comune e costituzionale)<sup>101</sup> – ciò che invece sembra trascurare la giuspubblicistica è un importante aspetto che ha a che fare con la diversa natura dei soggetti tra cui si

---

nella pronuncia n. 10 del 2024, «La questione dell'affettività intramuraria concerne [...] l'individuazione del *limite* concreto entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare una compressione della libertà di esprimere affetto, anche nella dimensione intima; *limite oltre il quale il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile*, risolvendosi in una lesione della *dignità della persona*» (*Considerato in diritto* n. 3.1, corsivi aggiunti). Per un'attenta disamina delle espressioni del valore costituzionale della dignità all'interno delle mura carcerarie, si veda, tra i molti lavori che l'A. ha dedicato al tema, M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

<sup>97</sup> Per una lettura del «diritto di essere se stessi» non eccessivamente sbilanciata sugli egoismi dell'individuo, cfr. la ricostruzione di C. PINELLI, “*Diritto di essere se stessi*” e “*pieno sviluppo della persona umana*”, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, 308 ss.

<sup>98</sup> Di qui l'attenzione verso tutte quelle scelte normative di carattere «biocostituzionale». Dacché, nella (post)modernità, ad essere in gioco, sono le declinazioni più intime delle libertà riconosciute alla «persona costituzionalizzata». Di «biocostituzionalismo» parla S. JASANOFF, *Introduction: Rewriting Life, Reframing Rights*, in ID. (a cura di), *Reframing Rights. Biocostituzionalism in the Genetic Age*, Mit Press, Cambridge (Mass.) – London, 2011, 1 ss., con una evidente considerazione del diritto inteso anche come argine alle impostazioni puramente ideologiche e all'estremo riduzionismo scientifico.

<sup>99</sup> È opinione di chi scrive da almeno un decennio che il diritto, nella sua dimensione dinamica, sia sempre fisiologicamente l'esito di una «co-produzione normativa» tra legislatori e giudici. Sul punto, su cui si avrà modo di ritornare verso la fine del presente contributo, si veda, già, per maggiori ragguagli, il mio *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.

<sup>100</sup> Un attento e recente studio finalizzato a «restaurare» un rigoroso «ordine» delle funzioni legislative e giurisdizionali è, da ultimo, quello di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, spec. 113-222.

<sup>101</sup> Con ciò mettendo in crisi, come già evidenziava G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, 223 ss., la stessa concezione del tradizionale rapporto tra *legis-latio* e *legis-executio*.

instaura la dialettica nomopoietica<sup>102</sup>. Da una parte un giudice, dotato di neuroni e una conseguente coscienza atta ad interpretare e applicare le disposizioni normative in relazione a un caso concreto; dall'altra un legislatore, soggetto dotato di una volontà politica generale che, però, non è possibile definire neuronale, nel senso che non è prodotta in concreto da un cervello biologico, ma è piuttosto il frutto di un organo (il Parlamento) la cui "coscienza" è determinata da entità astratte (le maggioranze-minoranze politiche)<sup>103</sup>.

In un certo senso, si potrebbe dire, il prodotto della volontà politica (gli enunciati normativi) può considerarsi come una delle prime forme di espressione di intelligenza artificiale. Certo, a produrla non sono un computer e un algoritmo (almeno per il momento), ma resta pur sempre l'ideazione di un'entità non umana, organo costituzionale della persona giuridica Stato (*fictio iuris*)<sup>104</sup>. Anzi, per certi aspetti, l'*Artificial Intelligence* (AI) potrebbe apparire persino più umana della *Political Will*, visto che mentre la prima è mossa da un algoritmo generato da uno o più soggetti in astratto specificamente individuabili, la volontà legislativa rimanda invece a compromessi di coalizione tra forze politiche spesso indecifrabili, per giunta espressione di soggetti appartenenti a gruppi parlamentari rappresentanti di un'ulteriore entità astratta, qual è la «Nazione»<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> È già dagli anni Settanta del secolo scorso che G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1977, 350 ss., metteva in guardia sulle conseguenze di tale scontro dialettico. Il verificarsi di una lenta e inesorabile trasformazione delle giurisdizioni (su tutte, quella costituzionale) in organi della «mediazione» e della regolazione del conflitto sociale (funzione tradizionalmente e ancora formalmente riservata agli organi di indirizzo politico).

<sup>103</sup> Sull'importanza del «compromesso» all'interno delle democrazie liberali si veda, però, H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1981, spec. 97 ss. Più di recente, poi, assai utile può tornare la lettura del contributo di O. PFERSMANN, *Natura e valore della democrazia cento anni dopo. Dalla procedura del compromesso alla trasformazione giurisdizionale*, in *Dir. pubb.*, n. 3/2020, 891 ss.

<sup>104</sup> Non possono non rievocarsi, qui, le celebri parole di T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Laterza, Roma-Bari, 2004<sup>9</sup>, 177, spese a proposito della «libertà dei sudditi» (Cap. XXI): «...gli uomini, per raggiungere la pace e, con ciò, la propria conservazione, hanno fatto un *uomo artificiale, che chiamiamo Stato*; e così hanno fatto anche catene artificiali, chiamate leggi civili, che essi stessi, con patti reciproci, hanno fissato, per una estremità, alle labbra di quell'uomo, o di quell'assemblea, cui hanno dato il potere sovrano e, per l'altro alle proprie orecchie. Questi legami, ancorché deboli per loro natura, possono nondimeno essere resi resistenti dal pericolo (ma non dalla difficoltà) di infrangerli» (corsivi aggiunti).

<sup>105</sup> Che cosa sia tale entità non è ancora chiaro neppure agli studiosi. La «nazione» non può infatti essere riconducibile né al concetto di «popolo», né a quello più ristretto di «corpo elettorale». Se così fosse, il risultato sarebbe quello di riconoscere l'esistenza di un diritto dei cittadini di revocare il mandato parlamentare, in quanto non più libero (contravvenendo all'art. 67 Cost.). Invero, se si riconoscesse l'esistenza di un legame giuridico tra rappresentanti e rappresentati ci ritroveremmo dinanzi ad un regime di democrazia indiretta che non può prescindere dalla delega, ossia dal mandato. Basti qui rammentare che la manualistica tende ad interpretare il concetto di «nazione» in chiave etnico-culturale. Così, ad esempio, di concetto «essenzialmente etnico» parla C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1982, 81; definisce nazioni «quei raggruppamenti d'individui fra loro legati da un *idem sentire* derivante dalla comunanza della tradizione, della storia, della lingua, della religione, della letteratura, dell'arte», G. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1985, 29; secondo G. ROLLA, *Manuale di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1988, 29, «i vincoli che fondano una Nazione sono – prima e più che giuridici – di ordine culturale, morale, sociale»; similmente P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1965, 33, secondo il quale, quello di nazione, è «un concetto etnico-storico-psicologico»; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1990, 43, considera la nazione «un complesso di persone collegate da una comune eredità storica, vale a dire collegate da vincoli di razza, di religione, di lingua, di storia che fanno di loro un'entità nazionale»; per G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam,

Al netto di tali pur relevantissime questioni, che per la loro complessità meriterebbero ben altri spazi riservati alla riflessione, su un fatto sembra però potersi convenire senza troppe difficoltà. A meno che, s'intende, non si voglia, come pur legittimamente spesso accade, prestare il fianco ad altrettanti immateriali dogmatismi. Il discorso è il seguente: se è vero che, almeno alle nostre latitudini, senza i legislatori non vi sarebbero le "fonti" prodotte da una maggioranza politica, è altresì indubitabile che, senza i giudici, le fonti stesse resterebbero *intentio legis* trascritta in atti formali "sospesi", peraltro in potenza financo incompatibili con il dettato costituzionale<sup>106</sup>.

Ed ecco formarsi il cortocircuito: le patologie di un organo finiscono per riversarsi inevitabilmente nell'altro generando così altrettante disfunzioni, le cui cause non possono non rinvenirsi, almeno in parte, nel funzionamento dell'organo per primo agente. In un sistema governato dalle regole della democrazia rappresentativa, la responsabilità va ascritta dapprima al legislatore, nella misura in cui lo stesso risulti privo di visioni politiche di media-lunga gittata e, quindi, non riesca adeguatamente a trasformare in volontà normativa le istanze del corpo elettorale; è invece ascrivibile al giudice quando, piuttosto che sopperire alle inerzie/inadeguatezze del primo dando attuazione alle plurime letture consentite dal dettato

---

Padova, 1993, 108, alla nazione «appartengono coloro che sono legati da comuni caratteristiche di lingua, costume, religioni o simili»; secondo P. CARETTI – U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, 124, l'espressione nazione «individua quell'insieme di elementi etnici, linguistici, culturali e sociali che, insieme, costituiscono il patrimonio di una determinata collettività»; per G. VIGNOCCHI – G. GHETTI, *Corso di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1999, 30, la nazione è «una comunità naturale di uomini accomunati da unità di territorio, di origine, di costumi, e di lingua e conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale»; A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2001, 198, ritengono che la nazione si fondi su un vincolo «che unifica e accomuna per tradizioni, storia, lingua, religione, origini etniche un insieme di persone fisiche»; per A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 117, il concetto di nazione esprime «la mera comunanza etnica (storica, di religione eccetera) riscontrabile all'interno di un gruppo sociale»; di «nazionalità» come «situazione esistenziale» che comprende «tutti coloro che si riconoscono in una storia, una lingua e una cultura comune», parlano G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ – F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., 52; per A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, XXVII, la nazione è «un complesso di soggetti legati da vari elementi comuni più specifici (lingua, cultura, storia, aspirazioni)»; considerano la nazione sia un'«entità spirituale» che un «gruppo etnico», P. BARILE – E. CHELI – S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2018, 10. Ancora più «marcate», poi, appaiono le definizioni di «nazione» secondo altri autori. Tra questi, C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Utet, Torino, 1963, 134, il quale ravvisa nella nazione una «comunanza [...] di fattori fisici e biologici», nonché «di elementi storici, morali e psicologici»; R. LUCIFREDI, *Elementi di diritto pubblico*, Società Editrice Dante Alighieri, Città di Castello, 1968, 105, secondo cui la nazione indica «un complesso di persone appartenenti ad una data unità etnico-sociale, cioè il complesso delle persone che, per avere comuni le origini, la razza, la lingua, la religione, le tradizioni, i costumi, le aspirazioni, debbono ritenersi costituire un gruppo unitario, anche se eventualmente essi stessi non ne abbiano coscienza»; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 176, il quale vede nella nazione «una entità etnico-sociale caratterizzata dalla comunione di razza, di lingua, di cultura, di costumi, di tradizione, di religione fra coloro che la compongono»; M. MAZZIOTTI DI CELSO – G. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2002, 19-20, individuano nella nazione «una collettività di uomini uniti da comunanza [...] di stirpe e di sentimenti», oltre che di «lingua, di religione, di memoria»; I.A. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 13, secondo cui la nazione è «una entità etnico-sociale caratterizzata dalla comunanza di razza, lingua, religione, cultura, costumi».

<sup>106</sup> Di qui la possibilità di convenire con chi, anche dinanzi a lacune ordinamentali rinvenibili dallo stesso dato testuale della Costituzione, ritiene che un costituzionalismo attento alla massima tutela dei diritti dovrebbe accettarne il fenomeno della loro proliferazione giurisprudenziale. In tal senso, tra gli altri, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2017, 39.

costituzionale, egli si trasforma in un esponente di un gruppo para-partitico chiamato a fare “concorrenza” ai gruppi politici che albergano le Assemblee legislative<sup>107</sup>.

Entrambe le patologie (l'inefficienza dell'indirizzo politico e il correntismo giudiziario) allignano in cause sì profonde e multiformi da non poter essere qui neppure sommariamente sfiorate<sup>108</sup>. Epperò, questo il *punctum crucis*, mentre le alterazioni della tradizionale funzione legislativa sono agevolmente diagnosticabili attraverso il ricorso alle attestazioni della dottrina più classica (e così ancora oggi si parla, a titolo esemplificativo, di crisi della rappresentanza, del rappresentato, della forma di governo e, più in generale, delle nuove geometrie assunte dalla sovranità politica)<sup>109</sup>; le disfunzioni del potere giudiziario non sembrano potersi realmente comprendere, se non attraverso il superamento di un pregiudizio (altrettanto politico) che, però, si pone in contrasto con l'intelaiatura complessiva ereditata dallo Stato liberale: quello che vuole il giudice a-politico<sup>110</sup>, per “politica” qui intendendo non già quella nazionale perseguita attraverso le associazioni partitiche (*ex art. 49 Cost.*), bensì quella imposta dall'attuazione dell'intero, rigido, impianto costituzionale<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> Analogamente, sia pure in prospettive assai diverse (per non dire opposte) da quelle qui assunte, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 149, secondo cui l'«incapacità della legge di esprimere strategie politiche di lungo periodo e la volontà del legislatore di non volerle, il suo desiderio di non assumersi una responsabilità politica che non è in grado di sostenere, stimolano la ricerca di sedi alternative alle quali attingere per la regolazione della convivenza civile. Si fa strada l'idea che il luogo della *ratio* cessi d'essere anche la legge e (magari dimenticando che essa stessa è *ius positum*) lo sia soltanto la Costituzione, alla quale giudici e amministrazione sono invitati a fare diretto riferimento».

<sup>108</sup> Un'attenta lettura delle problematiche è offerta, tra gli altri, da A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta OnLine*, fasc. n. 3/2017, 490 ss. In merito si veda, in parte, anche, R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine*, fasc. n. 3/2023, 812 ss. Con particolare riferimento al correntismo giudiziario, cfr., invece, M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 355 ss. In chiave storica, G. MELIS, *Storia della magistratura e storia dell'associazionismo giudiziario: una complementarietà necessaria*, in *Questionegiustizia.it*, 26 ottobre 2022.

<sup>109</sup> Sulla perdita, da parte dei Parlamenti contemporanei, dell'esercizio delle “sovrane” funzioni di legislazione e di indirizzo, si veda, A. MANZELLA, *Prefazione. Dieci anni dopo*, in L. GIANNITI – N. LUPO (a cura di), *Corso di diritto parlamentare*, il Mulino, Bologna, 2018, 9-14.

<sup>110</sup> In argomento, insuperate e assai pregnanti appaiono le risalenti, ma evidentemente ancora attualissime, parole di N. BOBBIO, *Quale giustizia o quale politica?*, in *Il Ponte*, XXVII, n. 12/1971 (contributo ora presente anche nella raccolta di articoli curata da P. MEAGLIA e introdotta da M.L. SALVADORI e G. MUSSARI dal titolo *Cinquant'anni e non bastano. Scritti di Norberto Bobbio sulla rivista «Il Ponte». 1946-1997*, in *Il Ponte Editore*, Firenze, 2005, 138-146) secondo cui: «Ciò che oggi mette in crisi la certezza del diritto, non è un fatto di tecnica giuridica ma un fatto sociale di enorme portata, o se si vuole politico: il corpo dei giudici non è più un corpo omogeneo, o almeno non è mai stato, come in questi anni, diviso sulla base di valutazioni diverse o addirittura opposte sull'evoluzione (o involuzione) della società. E queste valutazioni sono, piaccia o non piaccia, politiche. La politica c'entra, c'è sempre entrata. Si può credere, magari in buona fede, che non c'entri quando, e sino a che, non scoppia il conflitto. Per tutto il tempo che la magistratura è stata un corpo omogeneo, poteva credere di non fare politica. In realtà aveva una sua politica ma in mancanza di un conflitto interno non si vedeva. È risaputo che colui che condivide i valori dominanti ritiene di avere il diritto di chiamarsi “apolitico”, e chiama “politici” con una punta di malanimo gli altri. In realtà sono politici l'uno e gli altri, con la differenza che i secondi lo riconoscono, il primo no. La tanto malfamata “politicizzazione” dei giudici riguarda sempre la politica che fanno gli altri, quelli che la pensano diversamente da noi. Ma è ora di riconoscere che i giudici facevano politica anche quando la pensavano su per giù tutti allo stesso modo, e chiamavano questo *idem sentire de republica* “apoliticità”, per la semplice ragione che era la politica della tranquilla quiescenza alla classe dominante» (p. 140).

<sup>111</sup> Seppur in chiave critica e con particolare riferimento all'attività del giudice delle leggi, opportunamente sostiene A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251, che la «tendenza all'estensione dell'attività del giudice costituzionale è un dato costante e, forse, ineliminabile

È in questo frangente che assumono rilievo le attestazioni neuroscientifiche, dacché esse sembrano invece mettere in discussione proprio quest'ultimo assioma. Appaiono infatti suggerire al giurista che la finzione di un giudice costituzionalmente in-cosciente, nel senso di pensato come inabilitato a dare attuazione alla trama costituzionale repubblicana, concorra a designare non solo un giudice immaginario, collocato fuori dalla realtà storico-normativa, ma al contempo sembra ostruire ulteriori canali di comprensione della sua stessa funzione ordinamentale<sup>112</sup>. Prospettive che potrebbero quantomeno tornare utili alla scienza giuridica al fine di osservare, con maggiore nitore (e forse minore irrazionalità), l'annoso conflitto esistente nel nostro Paese fra toghe e legislatori. Vero e proprio «nodo da sciogliere con pazienza»<sup>113</sup>.

Basti qui rievocare gli studi di uno dei massimi neuroscienziati, Michael Gazzaniga, il quale si è sforzato di comprendere quali possano essere le effettive influenze degli sviluppi neurobiologici sulle dinamiche processuali. Egli osserva principalmente due aspetti che qui possono rilevare. Il primo, di ordine più generale, legato al fatto che «i sistemi legali sono mediatori sociali nei rapporti tra gli individui», dacché le «strutture giuridiche», al pari delle «norme morali», «modellano il nostro ambiente sociale» e, quindi, «i processi cerebrali» delle persone che lo subiscono. L'altro fattore, consequenziale al primo, sembra poi essere ancora più decisivo ai nostri fini. Egli, infatti, ha ampiamente dimostrato che le decisioni dei magistrati sono inevitabilmente influenzate non solo da generiche opinioni culturali, ma, questo il dato più influente, da «convinzioni personali sulla giustizia». Principio-valore, quest'ultimo, che ha a che fare con «un concetto di dirittura morale», su cui «non c'è mai stato accordo su cosa stia alla base». Alcuni decidenti, infatti, nel fare giustizia, potrebbero essere influenzati da una certa «etica», altri potrebbero far prevalere «la ragione» piuttosto che il senso di «equità», altri ancora subire l'influenza del proprio credo «religioso» nell'aderire o misconoscere una certa concezione del diritto (positivista, istituzionalista, decisionista, giusrealista e «giusnaturalista»). Non solo. I giudici, in certi frangenti, «hanno tutti risposte

---

nell'esperienza giuridica dei paesi liberal-democratici. È una conseguenza, si ripete, della supremazia della costituzione e della legittimazione del suo custode».

<sup>112</sup> Vale la pena qui riportare per esteso le persuasive ed efficaci parole di M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Giappichelli, Torino, 2017, 83 e 85, di recente espresse a proposito del ruolo ricoperto, oggi nel sistema, dal giudice delle leggi. Poiché, scrive lo studioso torinese, la «conciliazione tra diritto e ragione (o tra diritto e giustizia)» s'è dimostrata storicamente impraticabile all'interno delle sole assemblee legislative, appare «opportuno dunque configurare l'intervento della Corte non tanto come un controllo nemico, in cagnesco, contro una legge svilita, del tutto estraneo al suo processo di produzione, ma come un controllo cooperativo. E traversare questa visione nella letteratura e soprattutto nella manualistica. [...] La Corte che molti dipingono come "altro" rispetto al principio rappresentativo, come controllore antitetico delle sue (misere) manifestazioni, come sede di una razionalità perduta, andrebbe invece vista come "risorsa" per il raggiungimento di un comune obiettivo: il perfezionamento della legge e dello Stato di diritto».

<sup>113</sup> Per riprendere l'efficace titolo del bel contributo di S. PRISCO, *Politica e magistratura in Italia: i nodi da sciogliere con pazienza*, in *federalismi.it*, 27 agosto 2008. Sulla rilevanza che assumono le regole che disciplinano l'ordinamento giudiziario nelle trasformazioni del ruolo del magistrato e, più in generale, della funzione giudiziaria, si veda, diffusamente, F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.*, n. 3/2017, 671 ss.

neurali inconscie che possono influenzare in modo massiccio i loro comportamenti, e in teoria modificare il modo in cui una persona viene giudicata». Ciò accade, sostiene ancora l'esperto della mente, principalmente a causa di «stati emotivi» generati dalle origini sociali dei soggetti processuali. Il fatto che l'imputato sia appartenente ad una classe particolarmente agiata, ad esempio, potrebbe generare «invidia». Così come, altre caratteristiche particolari del soggetto potrebbero suscitare nel decidente stati emotivi di «pietà», «orgoglio», «disgusto». Tutti fattori, insomma, non poco influenti nella determinazione della decisione da prendere per il singolo caso<sup>114</sup>.

## 5. Rilievi conclusivi sull'origine del creazionismo giudiziario

L'esistenza di un diritto neuronale, «muto», prodotto direttamente dal cervello dell'uomo, è un fatto non del tutto sconosciuto ai giuristi. Come si è infatti avuto modo di precisare in altri luoghi<sup>115</sup>, sono stati gli studi di Rodolfo Sacco a mostrare che «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 giurista, dall'illetterato, dal bambino»<sup>116</sup>.

Di seguito però, e a completamento di quanto si è sinora venuti dicendo, sembra opportuna qualche ulteriore precisazione, al fine di meglio chiarire due ultime questioni intimamente legate al fenomeno del c.d. protagonismo della giurisdizione<sup>117</sup>.

Abbozzando un ragionamento che meriterebbe ben altro svolgimento e che va dunque preso solo come un primissimo tentativo di puntualizzazione, occorre invero adesso chiedersi, specificamente: a) nella

<sup>114</sup> Le citazioni sono tratte da M. GAZZANIGA, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, cit., 197-240.

<sup>115</sup> Cfr. A. GUSMAI, *Le neuroscienze come strumento di "emersione" del diritto muto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3/2017, 7 ss.; ID., *Neuroscience and the «Mute Law»*, in A. D'ALOIA – M.C. ERRIGO (eds.), *Neuroscience and Law*, cit., 81 ss.

<sup>116</sup> R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015, 149-150.

<sup>117</sup> Di fatto pressoché criticato dalla più gran parte della dottrina costituzionalistica, come può evincersi, ad esempio, dalla lettura di O. CHESSA, *I giudici del diritto. problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, 279 ss.; e, più di recente, del contributo di M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi Editore, Modena, 2022, 16 ss. Ad ogni modo, valga, qui, quanto è stato perspicuamente osservato da M. BARBERIS: «La contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica contemporanea consiste appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo» (così in *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, testo della relazione tenuta nell'ambito del Convegno AIC su «Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale», svoltosi a Padova il 22-23 ottobre 2004 e rinvenibile nell'archivio del sito dell'Associazione: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)).

realtà della dimensione giuridica contemporanea, *quando* «emerge»<sup>118</sup> tale diritto neuronale? In che luogo si manifesta? E subito a seguire: *b) come* si realizza l'«*alpha* del diritto»<sup>119</sup> negli ordinamenti giuridici moderni? Il portato della sua fisiologica creatività prende forma soltanto attraverso il cervello del giudice?

### 5.1 (segue) Sulla emersione del diritto neuronale

Per rispondere al primo quesito, si ritiene, bisogna proiettarsi all'interno della dimensione “dinamica” del fenomeno giuridico, ossia in quello spazio in cui si interpreta e si applica il diritto vincolante per i cittadini. Occorre dunque guardare al processo giudiziario<sup>120</sup>, luogo attraverso il quale «il giudice è immesso nella realtà sociale in cui vive ed opera», divenendo «egli stesso un operatore politico»<sup>121</sup>.

Del resto, se si pensa, le fonti ufficiali gerarchicamente ordinate, poiché scritte e contenute in un atto normativo (eccetto la consuetudine non codificata)<sup>122</sup>, rappresentano delle fonti “statiche”: si tratta, cioè, di disposizioni normative prodotte secondo le regole «sulla produzione» ben note alla giuspubblicistica<sup>123</sup>. Esse rappresentano la dimensione formale del diritto, dacché fonti valide per l'ordinamento giuridico, ma non ancora applicate nella realtà normativa per risolvere un caso concreto (esistono formalmente, sono valide per l'ordinamento, ma non sono ancora storicamente effettive)<sup>124</sup>. Quando vengono “utilizzate” dagli interpreti-applicatori, poiché tali soggetti desumono significati concreti dalle disposizioni normative (fonti statiche), dinamizzano la fonte applicandola concretamente ai fatti della vita che necessitano di essere regolati<sup>125</sup>. Ecco che, allora, le fonti da “statiche” (disposizioni) si trasformano in “dinamiche”

<sup>118</sup> L'immagine di un diritto prevalentemente sommerso, invisibile, la si deve a R. MACDONALD, *Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et «inférentielle»*, in *Sociologie et sociétés*, 18, 1, 1986, 47-58.

<sup>119</sup> Contrapposto all'«*omega* della macrostoria giuridica», ossia al diritto scritto riconducibile esclusivamente alla volontà degli organi dello Stato. Anche se, precisa ancora il Sacco, «in ogni caso il diritto razionale dell'illuminismo non è l'omega di nulla. È la più nobile di tutte le illusioni; è una tappa cui le altre, imprevedibilissime, seguiranno». Si veda, ancora, R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., 108-120.

<sup>120</sup> Naturalmente, ad essere altrettanto “dinamica”, è la fase della produzione della disposizione normativa (si pensi all'*iter legis*). Ma poiché, come si è detto, in questi casi non è possibile ricondurre il prodotto dell'attività dell'organo legislativo ad un cervello biologico ben definito (tanto le commissioni parlamentari, quanto il *plenum* dell'Assemblea sono organi artificiali che funzionano a larghe maggioranze), si ritiene che le attestazioni neuroscientifiche non possano avere una diretta rilevanza nei confronti di tale fase istituzionale della produzione normativa. Ancora diversa è la questione se, la produzione della fonte, è invece imputabile alla diretta volontà di un organo monocratico. È il caso, ad esempio, dei dd.P.C.M. o delle c.d. ordinanze contingibili e urgenti. In tali ipotesi, tornando a rilevare l'attività cerebrale di un soggetto biologico direttamente individuabile (il presidente del Consiglio, il presidente di Regione, il Sindaco), è chiaro che le indagini neuroscientifiche possono tornare ad avere un ruolo funzionale.

<sup>121</sup> La citazione è di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 134 ss.

<sup>122</sup> La consuetudine, invero, è intrinsecamente “dinamica”, in quanto promanante direttamente dal corpo sociale di riferimento. Si fa in parte “statica” se viene trascritta in un documento scritto, come le raccolte di «usi» conservate dalle Camere di commercio.

<sup>123</sup> Un contributo aggiornato sul tema delle fonti è, tra gli altri, quello di F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Milano, 2023, il quale, opportunamente, non manca di sottolineare un aspetto ai nostri fini di non poca importanza. Rammenta, infatti, il seguente dato: «non solo si dimostra fallace l'idea, risalente a Montesquieu, secondo la quale il giudice sarebbe né più né meno che “la bocca della legge”, date le molteplici soluzioni interpretative che il testo stesso delle leggi gli offre, ma comincia ad affiorare [...] l'idea del carattere creativo e non solo interpretativo dell'attività dei giudici, le cui decisioni finiscono con l'essere considerate alla stregua di fonti del diritto» (p. 12). È appena il caso di rammentare che, nella dottrina costituzionalistica, è stato 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*, Zanichelli, Bologna, 2011, 723 ss., tra i primi a segnalare i mutamenti della valenza del «precedente giudiziario» nei sistemi di *civil law*.

<sup>124</sup> Non a caso, si è detto, nella realtà della dimensione giuridica è l'effettività storica che «costituisce il tribunale della giuridicità di un ordinamento, ossia della sua esistenza di ordinamento». Ad averlo sostenuto è F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 43.

<sup>125</sup> In una realtà socio-normativa, dunque, che non a caso ha portato attenta dottrina a ravvisare la trasformazione del tradizionale «principio di legalità» (che vuole il diritto nelle mani di un padrone tendenzialmente assoluto: il legislatore) in un più complesso e reale «principio di

(norme)<sup>126</sup>, divenendo precetti giuridici realmente effettivi orientati ad attuare il disegno politico-costituzionale<sup>127</sup>.

Le fonti dinamiche per eccellenza, in quanto vincolanti per i consociati, sono rinvenibili nella sentenza emessa da un giudice<sup>128</sup>. Tutte le norme realmente obbligatorie per l'ordinamento giuridico sono, infatti, contenute nella motivazione della pronuncia di un magistrato<sup>129</sup>. Il diritto tende a germogliare nelle Assemblee legislative, ma poi finisce per evolversi nei Tribunali<sup>130</sup>. Alcune volte, può nascere direttamente

---

giuridicità», in riferimento all'ormai «variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica». Di tale avviso è P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 85-87. È interessante notare che, a rilevare tale trasformazione del principio di legalità è, da ultimo, anche la dottrina penalistica: in una branca del diritto, cioè, in cui, per evidenti ragioni, tale principio ha trovato la sua massima espansione. Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 114-150.

<sup>126</sup> La crisafulliana – fondamentale – distinzione tra «disposizione» e «norma» (cfr. V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.) è da ultimo ancora ritenuta «controvertibile» da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 169, il quale sembra pienamente aderire a tesi sull'interpretazione «cognitivistica» (sulla scia, tra gli altri, di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. 9, 83-84, secondo cui l'interpretazione giuridica sarebbe un'attività che attiene alla «conoscenza» del diritto, non alla sua valutazione o integrazione. Su tale contributo si veda, poi, G. PINO, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, in *DeS*, n. 2/2013). Per una critica a tali posizioni, si veda A. LONGO – F. MODUGNO, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, *passim*. Sulle diverse teorie dell'interpretazione, cfr., invece, a R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, e continuato da P. SCHELESINGER, Giuffrè, Milano, 2011, spec. 407-431, il quale distingue tre teorie in «competizione» tra loro: a) la *teoria cognitivistica o formalistica* (secondo questa teoria, risalente alle dottrine giuridiche dell'Illuminismo, l'interpretazione è atto di scoperta o conoscenza del significato. Essa presuppone l'esistenza, in ogni testo normativo, di un senso univoco e suscettibile di conoscenza incorporato ai testi e precostituito all'interpretazione); b) una *teoria scettica* (nella sua variante più estrema, essa prevede che l'interpretazione giudiziale è atto non di conoscenza, ma di scelta e, pertanto, di volontà creatrice); c) infine una *teoria eclettica o intermedia* (secondo la quale l'interpretazione giudiziale è, a seconda delle circostanze, talora atto di conoscenza, talaltra atto di volontà).

<sup>127</sup> Perseguire una «politica costituzionale» significa rivolgere una costante attenzione agli equilibri democratico-sociali, «in primis» riflettendo sulla portata evolutiva dei suoi principi fondamentali. Come ha da qualche tempo rilevato un'attenta dottrina, la nostra Carta repubblicana è – ed è sempre stata – una Costituzione anche «aperta», che ha vissuto nel tempo «processi di mutamento e trasformazioni costituzionali condotti al di fuori delle procedure canonizzate nella stessa Costituzione e con gli strumenti propri dell'interpretazione/applicazione del diritto». Così S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, 441.

<sup>128</sup> Sul punto sembrano convergere, da ultimo, T. GROPPI – A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2023, 91, allorché, più in generale, rilevano quanto segue: «l'ordinamento giuridico (quello che genericamente indichiamo come «diritto» in senso oggettivo) è composto da norme e non da disposizioni. Potrebbe apparire una considerazione ovvia o finanche banale, ma il sistema giuridico non è composto da testi, codici, leggi o Costituzioni, intendendo con questi termini i documenti contenenti le formulazioni normative, bensì dai significati di tali documenti; solo i significati delle disposizioni, infatti, sono in grado di orientare il comportamento delle persone. I giudici, gli amministratori pubblici, i soggetti privati sono vincolati dal senso dei testi normativi che si trovano ad applicare; da ciò deriva che la comprensione esatta del fenomeno giuridico, e in particolare delle sue regole, dipende sia dalla capacità di individuare esattamente la fonte normativa e la disposizione che ci riguarda o che ci interessa, sia dalla capacità di «estrarne» correttamente il senso, cioè, in ultima analisi, dalla attività interpretativa».

<sup>129</sup> Come del resto ha mostrato E. BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in ID., *Diritto, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, 6-7, se i giudici creano o producono norme, queste non sono le norme individuali formulate nel dispositivo, ma semmai le norme generali formulate nella motivazione della sentenza, a titolo di interpretazione o d'integrazione delle disposizioni legislative.

<sup>130</sup> Di contrario avviso, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., secondo cui l'interpretazione sarebbe «un'attività cognitiva [...] ancillare a quella della produzione» che, nell'ottica di una rigida «separazione dei poteri», dovrebbe condurre a ravvisare negli «ordinamenti giuridici» una netta «distinzione dell'applicazione della legge dalla sua produzione» (pp. 166-167). Alla stessa conclusione, seppur con argomentazioni differenti («la cognizione giudiziaria richiede sempre, non diversamente da qualunque altro tipo di conoscenza empirica, una decisione – la scelta tra le tante interpretazioni legittimamente ammissibili degli enunciati normativi – e perciò un'argomentazione a suo sostegno. Si tratta però di una *decisione sulla verità*, le cui motivazioni sono argomentabili come «vere» o come «false» sulla base del diritto vigente»), perviene anche L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 149-155 (la citazione è a p. 151). Sul punto, però, è difficile non convenire con quanto magistralmente sostenuto da N. BOBBIO, *Quale giustizia o quale politica?*, cit., 139, il quale, dopo aver precisato che l'«idea illuministica» della «separazione tra chi crea il diritto e chi lo applica, era intimamente connessa con la concezione del legislatore razionale, cioè con l'idea di un diritto essenziale fatto di poche formule, semplici e chiare», più di mezzo secolo fa, ossia in un momento storico in cui la stessa alluvione normativa era assai minore, prevalentemente nazionale e, comunque, di qualità decisamente migliore di quella odierna, già rilevava: «Allo stato in cui è la nostra legislazione, l'affermare che il giudice deve applicare la legge non vuol dire, in molti casi, assolutamente nulla. Nella migliore delle ipotesi è un omaggio formale a una concezione che non ha più alcuna corrispondenza con la realtà; nella peggiore, una finzione o addirittura un'ipocrisia».

nelle aule di giustizia, specie quando, come si è visto, il Parlamento si mostra incapace di adottare scelte politiche conformi all'evolversi della società<sup>131</sup>.

Il diritto positivo, quello effettivamente vigente in quanto «dinamico», è dunque sempre un prodotto co-determinato dall'attività del legislatore (che produce disposizioni normative «statiche») e del giudice (che produce «norme» applicando al caso concreto da decidere quelle stesse disposizioni, dopo averle interpretate in relazione allo specifico contesto sociale)<sup>132</sup>.

In sintesi, le norme appaiono come il prodotto dell'attività dei giudici che, in applicazione delle disposizioni, risolvono casi giudiziari attraverso un ulteriore atto: la sentenza<sup>133</sup>. Ad influire sulla decisione e, quindi, sul processo ermeneutico del giudice, concorrono numerosi fattori: *in primis*, l'irripetibile struttura del suo cervello, a seguire la portata lessicale degli enunciati normativi per come elaborati dalla mente, le opinioni (politiche) personali del decidente, le circostanze storico-culturali (su tutte lo stato di avanzamento delle scienze) e la complessità della vicenda processuale<sup>134</sup>. Tutti elementi che, in un ordine probabilmente ancora inspiegabile dalle stesse neuroscienze, incidono sulle argomentazioni giuridiche trascritte nella pronuncia giurisdizionale<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Non sembrano allora convincere le ragioni di quanti – quasi presupponendo l'esistenza di una sorta di riserva costituzionale che conferisca, al solo Parlamento, la capacità di interpretare e attuare la Costituzione – ritengono che un'estensione dei soggetti titolari di tale diritto produca, in parte, un inammissibile trasferimento della produzione normativa dal legislatore in capo ai giudici. La fallacia di questo ragionamento è, ormai da tempo, ben messa in luce da J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1967), ESI, Napoli, 1983, spec. 110 ss.

<sup>132</sup> Tale tesi, qui soltanto sinteticamente argomentata ai fini del presente lavoro, volendo può essere meglio approfondita all'interno del mio *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 87 ss.

<sup>133</sup> Ciò significa, tra le altre cose, che «il diritto di una comunità forma sistema sempre solo fino a un certo punto» in quanto «l'insieme delle norme giuridiche che concretamente sono all'opera nell'ambito di un gruppo organizzato sempre tende a rinnovarsi, non solo per la deliberata abrogazione e sostituzione delle norme nella loro veste formale, ma anche e talvolta soprattutto per il cambiamento informale della loro portata nel corso della loro continua applicazione». G. BOGNETTI, *Appunti per una teoria filosofico-realistica del diritto e della scienza giuridica*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 10.

<sup>134</sup> In fondo sono questi fattori che caratterizzano «il momento valutativo irripetibile della funzione giudiziaria». In particolare, s'è sensibilmente detto, il magistrato, a «tutti gli elementi di conoscenza acquisiti con metodi in ipotesi scrupolosi e controllati nella dialettica del processo egli dovrà aggiungere il fattore imponderabile della sua coscienza, che dovrà svolgere, rispetto alla scienza, una funzione supplementare e moderatrice. In ogni decisione si verifica una fusione di scienza e coscienza, i cui elementi costitutivi sono difficilmente separabili. In ciò consiste l'aspetto ineliminabile della discrezionalità del giudice, che si avvale della scienza e della norma giuridica e la integra nella sua coscienza». Così, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, 437.

<sup>135</sup> La negazione di tale stato delle cose, spesso implicita in alcune dogmatiche dei costituzionalisti, parte da discutibili presupposti. In particolare: *a*) che le fonti del diritto siano «statiche» (esistono, cioè, in quanto mere «disposizioni» formali che di per sé, anche in assenza di interpretazione-applicazione, producono tutte le «norme» potenzialmente desumibili dal testo. Anzi, sono già norme, che in ipotesi potrebbero essere applicate dall'intelligenza artificiale di un robot); *b*) che le stesse possano essere racchiuse esclusivamente in un atto-documento legislativo (il «precedente giurisprudenziale» è nel nostro ordinamento considerato, al limite, «persuasivo»); e, soprattutto, *c*) che la «politica costituzionale» di cui poco sopra s'è fatto cenno, sia un'attività legittimamente riservata agli organi di indirizzo politico (asse Parlamento-Governo), i quali soli appaiono abilitati a dare attuazione alla Costituzione. Tali deduzioni possono essere meglio comprese leggendo le riflessioni di un'autorevole dottrina. Tra i molti lavori dedicati al tema, si veda, per tutti, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, spec. 391 ss. Ciò che sembra accadere nella realtà della dimensione giuridica – scientificamente, ossia con probabilità prossima alla certezza, non sembrano esistere «prove» che lo smentiscano – è che le fonti, invece: *I*) costituiscono un fenomeno «dinamico», ossia esistono in quanto

Sia chiaro, nessun organo della produzione normativa ha la possibilità di avere l'ultima parola. L'ordinamento giuridico è infatti un cantiere sempre aperto<sup>136</sup>. Non il legislatore, il quale non potendo prevedere ogni fatto della vita attraverso le sue disposizioni legislative, induce i giudici a desumere norme in applicazione diretta delle disposizioni (inter)costituzionali; ma nemmeno il giudice, il quale può vedersi contraddire le sue sentenze creative attraverso l'entrata in vigore di successive disposizioni che rovescino quanto da egli pronunciato nelle aule di giustizia<sup>137</sup>. Nel tempo presente è spesso il legislatore che insegue (o ignora)<sup>138</sup> il giudice; tuttavia, non può escludersi il contrario<sup>139</sup>.

Si potrebbe sostenere, come pure si è da più parti sostenuto: tutto questo non è forse contrario al valore (meta)giuridico della «certezza»? Ad offrire una risposta esaustiva è ancora Norberto Bobbio, il quale precisa: anzitutto «dare una certa priorità alla certezza rispetto a tutti gli altri valori tutelati dal diritto significa già fare una scelta politica». Di non secondaria importanza è inoltre un altro aspetto: «la garanzia

---

«norme» frutto dell'interazione fra «disposizioni», «fatti di causa» riportati (“recte”: interpretati) dalle parti processuali e «prodotto dell'attività-interpretativo-applicativa» del decidente; II) sono, pertanto, effettivamente rinvenibili nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie, dacché è lì che si trovano, oltre ai riferimenti alle fonti «statiche» applicate (Costituzione, Legge, D.l., D.lgs., etc.), i significati concreti delle «disposizioni» che, non a caso, si arricchiscono dell'appellativo «normative»; III) sono frutto di attuazione «inter-costituzionale», nel senso che a partecipare alla produzione normativa sono ormai, al contempo, Legislatori (che producono disposizioni) e Corti (che rinvergono norme) all'interno di un sistema sovra ed internazionale. Non potendo in questa sede dare contezza delle varie posizioni assunte dalla dottrina, per ulteriori sviluppi di tali complesse tematiche si veda, se si vuole, A. GUSMAI, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 maggio 2016.

<sup>136</sup> In fondo, come rilevato da attenta dottrina sociologica, «la società moderna non tollera alcuna idea definitiva né alcuna autorità che pretenda di dire l'ultima parola sul mondo». A rilevarlo è L. PANNARALE, *Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica*, Franco Angeli, Milano, 2008, 139.

<sup>137</sup> Nessun potere, si ritiene, detiene verità ultime e taumaturgiche in merito al significato da attribuire alla Costituzione ed ai suoi principi fondamentali. La democrazia costituzionale – e, dunque, la fondamentale vigenza di una legalità superiore a quella affermata nello Stato liberale – tende a realizzarsi nella continua interferenza dialettica tra i poteri, non già nella concentrazione e nell'isolamento della «categoria del politico» in una sola funzione dello Stato. Non a caso lo stesso C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 2013, 211-223, acutamente rilevava 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. Cosicché, 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.

<sup>138</sup> Si pensi ancora agli esiti della vicenda Cappato, ove «il Parlamento non è fino ad oggi riuscito a conciliare e ricondurre ad unità le posizioni esistenti su un tema che evidentemente ancora dilania le coscienze di molti, anche fra le mura di Camera e Senato». Così, G. ARCONZO, *Il diritto a una morte dignitosa tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, fasc. n. 1/2023, 92.

<sup>139</sup> Per quanto la tesi della co-produzione normativa paghi lo scotto di apparire, per la parte di creatività giudiziale, «aristocratica», affetta cioè da «un sottile sentimento antipolitico», non bisogna obliare che la Costituzione rigida, per sua natura, nasce proprio per orientare il potere delle maggioranze di governo (le citazioni che precedono sono ancora di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 393-394, il quale così – testualmente – si esprime: «È un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi»). Frazione di rappresentanza che, in assenza di limiti, come drammaticamente ha mostrato in più occasioni la storia, ha la tendenza essa stessa ad “elitalizzarsi”, facendo indossare a sistemi sostanzialmente oligarchici soltanto le vesti della democrazia (come ben documentano G. ZAGREBELSKY – L. CANFORA, *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo* a cura di G. PRETEROSSO, Laterza, Roma-Bari, 2014).

della certezza non è formale, come di solito si crede, o almeno non è soltanto formale, cioè non risiede solo nel fatto che il giudice si limiti ad applicare norme generali astratte poste dal legislatore». Ed invero, specie nei «paesi di diritto scritto, dove vi sono norme generali e astratte ma non vi è norma, appunto in ragione della sua generalità e astrattezza, che non dia luogo a più interpretazioni, la certezza può essere garantita soltanto a una condizione, che i giudici chiamati a interpretarla la intendono tutti nello stesso modo». Condizione oggi più che mai (fortunatamente) irrealizzabile, dacché per «intenderla nello stesso modo devono condividere gli stessi valori», ossia dovrebbe latitare il pluralismo in una società. E così, dunque, se pure «oggi vi è una crisi di certezza non dipende dal fatto, come si vuol far credere da alcuni, che vi siano magistrati ligi al dovere di applicare la legge, e magistrati libertini che giudicano secondo il loro capriccio». Tutto ciò è causato «dal fatto che là dove vi è un certo spazio per interpretare la legge (e questo spazio là dove le leggi non sono né poche né semplici né chiare c'è sempre), gli uni la interpretano in un modo, gli altri in modo diverso». In definitiva, la «diversità dell'interpretazione è in funzione non già del diverso modo con cui gli uni e gli altri intendono l'interpretazione (interpretazione meccanica o evolutiva?), ma dei diversi valori cui si appellano magari inconsapevolmente per interpretarla»<sup>140</sup>.

## 5.2 (segue) Sulla matrice composita del fenomeno

Fatte queste puntualizzazioni, sembra adesso più agevole tentare una risposta al secondo quesito, al contempo provando a tenere insieme quanto si è detto precedentemente a proposito del sistema costituzionale dei diritti di libertà.

Ed invero, se si osservano attentamente le “dinamiche” del diritto, si scopre che il giudice, in realtà, non opera da solo nella fase della co-creazione delle norme giuridiche. Sebbene la sentenza sia un atto formalmente imputabile soltanto al magistrato, la responsabilità “neuronal” – se così si può dire – del contenuto della pronuncia sembra ad egli doversi attribuire tenendo conto del “concorso” di altri due fattori: uno di natura soggettiva, le *parti processuali*; l'altro di natura oggettiva, l'*opinione pubblica*. Entrambi, infatti, sembrano avere una forte influenza sul processo mentale-decisionale del giudice, quantunque per ragioni differenti che occorre ora grossomodo specificare.

---

<sup>140</sup> N. BOBBIO, *Quale giustizia o quale politica?*, cit., 139-140, il quale pure acutamente aggiunge: «Al fine di assicurare la certezza non importa nulla, assolutamente nulla, che l'interpretazione non sia evolutiva: basta che il corpo dei giudici sia tanto omogeneo da intendere l'evoluzione nello stesso senso». E poco prima: «Forse che nei paesi di *common law*, dove non vi sono sempre norme generali astratte, non vi è certezza del diritto? Vi è nella misura in cui si è venuta formando, in certi periodi di più, in certi altri di meno, un'ideologia comune dei giudici». Condizione che, naturalmente, quando si realizza, dovrebbe condurre ad interrogarsi sull'effettivo tasso di democraticità dell'ordinamento preso in considerazione.

Si parta da quest'ultima, ossia dal fattore di influenza esterno che più di ogni altro ha a che fare con le condizioni storiche e culturali in cui si innestano il ragionamento e le argomentazioni del giudice<sup>141</sup>. Senza ripetere quanto si è già avuto modo di discutere in altri luoghi<sup>142</sup>, basti qui rammentare che l'opinione pubblica è chiamata a dar senso allo stesso concetto di «sovranità popolare»<sup>143</sup>, di fatto costituendo il più grande «uditorio universale» chiamato in ultima istanza a giudicare il prodotto della medesima normazione (tanto delle disposizioni del legislatore, quanto delle norme desunte dai giudici)<sup>144</sup>. Ciò significa che le motivazioni di una pronuncia giurisdizionale non possono non rappresentare l'esito di un processo cognitivo almeno in parte influenzato dall'ambiente esterno<sup>145</sup>.

La principale implicazione di *neurolaw* sembra essere la seguente: il giudice, anche se ritiene di essersi determinato nella decisione in piena autonomia di coscienza, in realtà lo ha fatto subendo «le influenze delle interazioni sociali». Volendo infatti prendere per buoni i risultati di una serie di ricerche svoltesi in ambito di «neuroscienze sociali», il comportamento di un individuo non può mai essere «il prodotto di un cervello isolato e deterministico», ma è «influenzato dal gruppo sociale» in cui è inserito. L'opinione pubblica, pertanto, in questo non può che fungere da «processo sociale» che «pone limiti alla mente individuale», plasmandola. Di qui «la chiamata in correità» di quest'ultima nella determinazione dei significati degli enunciati normativi tratti dal giudice in sentenza, in quanto la neurobiologia sul punto non sembra avere tentennamenti: «insieme a tutti i nostri processi automatici, c'è un intero ambiente che cambia e influenza il nostro comportamento, i nostri pensieri e forse anche il nostro genoma»<sup>146</sup>.

Tuttavia, la fase della «pre-comprensione» del magistrato non appare orientata soltanto dal di fuori<sup>147</sup>. Sembra esistere, invero, assieme all'opinione pubblica, un altro importante fattore di influenza dell'organo

---

<sup>141</sup> Tra i costituzionalisti, sull'argomento è di recente tornata a ragionare un'autorevole dottrina, seppur in una prospettiva critica delle posizioni assunte da chi scrive. Il riferimento è a R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quad. cost.*, n. 1/2023, 45 ss.

<sup>142</sup> A. GUSMAI, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica*, cit., spec. 11 ss.

<sup>143</sup> L'opinione pubblica è espressione del potere culturale della società, linfa vitale di una società realmente pluralistica. In tal senso, N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, Milano, 429-430.

<sup>144</sup> Come noto, stando agli importanti studi di CH. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA (1958), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 2013, 34, è l'«uditorio universale» a generare il «consenso» del corpo sociale.

<sup>145</sup> Lo stesso «sistema normativo [...] presuppone implicitamente» l'opinione pubblica «come grandezza sociale, che funziona secondo aspettative presumibili nel senso di determinate garanzie di diritti fondamentali e di singoli precetti pubblici». Così, J. HABERMAS (1962), *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 274.

<sup>146</sup> Le citazioni sono tratte da M. GAZZANIGA, *Chi comanda?*, cit., 155-196, a cui si rinvia per maggiori approfondimenti, oltre che per le dovute indicazioni dottrinali afferenti alla branca delle «neuroscienze sociali».

<sup>147</sup> Il riferimento heideggeriano alla «precomprensione» sembra qui tornare quantomai opportuno. Con tale espressione, invero, si fa riferimento alla tesi secondo la quale la comprensione di oggetti culturali in genere e l'interpretazione di testi giuridici in specie, sarebbe orientata da una sorta di rappresentazione anticipata del risultato determinata dall'appartenenza dell'interprete ad uno specifico contesto vitale e discorsivo. La comprensione, in altri termini, nascerebbe da una pre-comprensione fondata sui pre-concetti e i pre-giudizi dell'interprete, che però progressivamente supererebbe per accedere a una precomprensione più articolata. Tesi che, applicata all'interpretazione giuridica, ha il pregio di caratterizzata non come singolo atto di intuizione, ma come un lungo processo mentale di elaborazione, nel quale giocano fatalmente un ruolo il contesto e anche i pregiudizi dell'interprete. Per approfondire la tematica

giudicante, questa volta tutto interno alle dinamiche processuali, avente una natura schiettamente soggettiva. Esso riguarda – e si giunge così al secondo interrogativo che ci si è posti – le prospettive valoriali di cui sono portatrici le parti, le quali finiscono per reclamare diritti di libertà nei tribunali mettendo in costante tensione il sistema di principi costituzionale di riferimento<sup>148</sup>.

Si è visto poc' anzi, citando un passo di Bobbio dall'antesignano sapore neurogiuridico, che i giudici fanno spesso appello «inconsapevolmente» ai valori cui aderiscono. Ebbene, ad interrogare ed orientare la coscienza del magistrato giudicante non possono che essere anche le prospettazioni dei soggetti che reclamano giustizia. Posizioni di parte tese ad evolvere lo stesso sistema costituzionale delle libertà attraverso sempre nuove letture dei principi che strutturano la Carta fondamentale, non senza fare (sempre più spesso) appello alle attestazioni derivanti dagli sviluppi tecno-scientifici<sup>149</sup>.

In questi casi, a ben vedere, sono le stesse libertà cognitive del giudice ad essere stimolate dal basso, ossia dalla diversità delle coscienze dei soggetti che, controvertendo tra loro o dubitando del legittimo esercizio del pubblico potere (artt. 24, comma 1 e 113, comma 1 Cost.)<sup>150</sup>, orientano il primo nell'attività di *ius dicere*. Ed è questa particolare circostanza che dà senso al testo formale della Costituzione, nella parte in cui richiede ai magistrati di amministrare la giustizia «in nome del popolo» (art. 101, comma 1 Cost.)<sup>151</sup>.

Si scopre, così, che a consentire una funzione nomopoietica e a fungere, quindi, da altra matrice del creazionismo giudiziario (assieme all'opinione pubblica) è lo stesso impianto costituzionale delle libertà, per come arricchito dalle istanze sociali confluite nelle aule giudiziarie. Si badi bene, «impianto delle

---

dell'«ermeneutica» in relazione al fenomeno giuridico, si veda, dapprima H-G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2010, 312 ss. Un contributo valido sull'argomento, che si segnala anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, è poi quello di F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

<sup>148</sup> E tanto, anche qualora si dovesse accedere alle tesi di chi nega che i «valori» trovino una positivizzazione all'interno di «principi» normativi, dacché entità strutturalmente diverse. È l'ipotesi, questa, da ultimo prospettata da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 99, secondo cui «il valore non viene affatto “positivizzato” in quanto “recepito” o “incorporato” nel principio, quasi ivi occultamente giacesse. Il principio è entità di natura del tutto diversa, che *si orienta al valore*, ma appartiene al mondo formale del diritto, non a quello materiale dell'etica».

<sup>149</sup> Ragione che ormai da qualche tempo ha portato, una parte della dottrina costituzionalistica, finanche a ritenere che «la letteratura scientifica, a certe condizioni, possa [financo, n.d.r.] fungere da parametro utile a decretare la legittimità o meno di una legge». In tal senso, C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 ss.

<sup>150</sup> Come noto, mentre l'art. 24 Cost. rappresenta «la prima e la più importante disposizione costituzionale riguardante la tutela giurisdizionale degli individui, necessario presupposto per la garanzia di tutti gli altri diritti fondamentali» (F. DAL CANTO, *Articolo 24*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Vol. I. Principi fondamentali e Parte I - Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, il Mulino, Bologna, 2018, 166), il «primo e più importante precetto derivante dal primo comma dell'articolo 113 è quello della pienezza della tutela giurisdizionale, in ogni suo aspetto e con ogni strumento si renda necessario, sia per i diritti soggettivi che per gli interessi legittimi» (S. PAJNO, *Articolo 113*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), cit., Vol. II. Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali, 312).

<sup>151</sup> Disposizione che vuole che il magistrato riferisca «l'esercizio del suo potere alla sovranità popolare oggettivata nella legge conforme a Costituzione», non già nella legge purchessia. In tal senso, E. BINDI, *Articolo 101*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), cit., Vol. II, 258.

libertà», non già semplicemente dei «diritti», dacché sono le prime (entità pre-giuridiche)<sup>152</sup> a generare, a monte, pretese volitive (rilevanti per il sapere neuroscientifico) che poi trovano formale positivizzazione nei diritti riconosciuti dalla legislazione e dalla giurisdizione (abilitata dalla stessa Costituzione a generare «nuovi» diritti)<sup>153</sup>.

D'altronde, una tale ipotesi ricostruttiva non appare affatto peregrina. Un sostegno lo si può rinvenire negli stessi dibattiti svoltisi in Assemblea costituente, nel momento in cui ci si chiese quale dovesse essere la «coscienza»<sup>154</sup> del giudice più idonea ad amministrare la giustizia in nome del popolo italiano. È in questo frangente, infatti, che soggiunse a fare chiarezza tra i Costituenti il pregevole intervento di un giurista di formazione napoletana, quello dell'on. Nicola Salerno<sup>155</sup>.

Egli, nell'affrontare ad ampio raggio la problematica, partiva da una premessa. La funzione del giudice, sosteneva, non può che trovare le sue ragioni in due «termini inscindibili»: uno di «carattere strettamente costituzionale», l'altro «di carattere profondamente umano». Quanto al primo aspetto, l'on. Salerno notava che la legge, di per sé frutto di «travaglio politico» in sede parlamentare, «non esaurisce la sua finalità estrema, cioè l'applicazione al caso concreto, se non attraverso la funzione giurisdizionale, tappa ultima del ciclo vitale della norma giuridica, cuspide somma di tutto l'ordinamento costituzionale». Oltre a tale «profilo tecnico e giuridico della giustizia», aggiungeva, ve n'è un altro, per l'appunto «morale, sociale, umano, che non può essere trascurato»: la giustizia non è solo «sete degli uomini», ma soprattutto «calcolo di tutte le entità imponderabili della vita». In effetti, apparirebbe una «iattura se questi due lati, il lato giuridico e il lato umano, fossero tenuti distanti o, peggio ancora, se il lato tecnico-giuridico dovesse eccessivamente estendersi a detrimento dell'altro». Nell'esercizio delle sue funzioni, puntualizzava il Costituente, il giudice non deve essere guidato soltanto dalla «legge» e dalla propria «coscienza», ma deve operare nel rispetto di una «coscienza sociale», dacché non «tutta la politica» si esaurisce nelle disposizioni legislative, in quanto «vi è sempre qualcosa che non riesce ad inserirsi nella legge, non riesce a prendere espressione concreta e che tuttavia esiste ed accompagna la legge come un'ombra». Si tratta di quella coscienza sociale che approda tramite le parti processuali dinanzi al giudice, nelle sue molteplici e spesso

---

<sup>152</sup> Del resto, che le libertà siano, «per gli ordinamenti non meno che per i filosofi, un valore, non quindi un istituto giuridico», e ben argomentato da G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 272 ss.

<sup>153</sup> Sul punto, si veda F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 5, il quale ritiene che nuovi diritti possano essere ricavati sul piano interpretativo a partire dal fondamento dei diritti costituzionali, individuato nel valore della libertà, sia in senso negativo (indipendenza), sia in senso positivo (autonomia) dell'individuo.

<sup>154</sup> A differenza di quello che poi è divenuto il testo definitivo del vigente art. 101 Cost., l'originario progetto di disposizione costituzionale (art. 94, comma 2) faceva espressa menzione alla «coscienza», che avrebbe dovuto guidare il magistrato nella sua funzione di interprete-applicatore delle disposizioni normative. Cfr. il *Progetto di Costituzione* presentato alla Presidenza dell'Assemblea costituente il 6 febbraio 1947, rinvenibile nel sito della Camera dei deputati (<https://legislatureprecedenti.camera.it>).

<sup>155</sup> Eletto nelle fila del Partito Socialista Lavoratori Italiani (PSLI).

contraddittorie sfaccettature. Di qui il sostegno all'assunto dal quale si è partiti per provare a rispondere al secondo quesito: sono le parti processuali le altre co-protagoniste del processo giusgenerativo. Avendo una propria concezione dei valori che innerva le possibili declinazioni delle libertà fondamentali<sup>156</sup>, esse impongono al giudice di «legare il potere legislativo al potere giudiziario», lo stesso «popolo alla giustizia e alla Magistratura», conducendo l'organo giudiziario ad interpretare e applicare la legge nel rispetto delle esigenze di una «civiltà di un periodo storico presso una determinata società»<sup>157</sup>.

In fondo, come è stato da ultimo detto da un'accreditata dottrina, «il giudice è anch'esso abilitato, al pari del legislatore, a «svolgere» principi». Nello Stato costituzionale di diritto, che piaccia o meno, «la Costituzione non solo può, ma deve trovare immediato spazio nelle decisioni dei giudici d'ogni ordine e grado»<sup>158</sup>. E tanto perché – con parole che ben si riallacciano a concetti propri del *neurolaw* – si potrebbe forse negare che lo Stato costituzionale di diritto, costituito com'è dalla «concorrenza dualistica tra giurisdizione e legislazione», abbia «un'anima [...] duplice» ed «inquiet»? Un'anima, cioè, che vive fisiologicamente degli «sdoppiamenti delle coscienze»?<sup>159</sup>

Probabilmente no. Visto che, in una democrazia pluralistica e sociale, «la *ratio* del decidere non può non incontrare le motivazioni astratte del legiferare»<sup>160</sup> e, in definitiva, far sì che i neuroni del giudice contribuiscano a generare sinapsi nel cervello “artificiale” del legislatore.

---

<sup>156</sup> Sul punto, può tornare utile la lettura di Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta OnLine*, fasc. n. 2/2022, 760 ss.

<sup>157</sup> I riferimenti nel testo sono estratti da ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta pomeridiana di martedì 11 novembre 1947*, 1957 ss. (il documento è tratto dall'Archivio Storico della Camera dei deputati, reperibile al seguente indirizzo: <https://legislatureprecedenti.camera.it>).

<sup>158</sup> Le citazioni sono tratte da G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* alla nuova edizione de *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 2024, XXVI-XXVII.

<sup>159</sup> Domande che lo stesso G. ZAGREBELSKY, *cit.*, XXXI, retoricamente pone a quanti fanno costante «agguato» alla «cosiddetta *giuristocrazia*» (p. XXVI).

<sup>160</sup> G. ZAGREBELSKY, *cit.*, XXVIII.