



Lucia Corso

(professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Enna "Kore", Facoltà di Scienze economiche e giuridiche)

**Il diritto come mediazione fra saperi distinti.
Perché il diritto non ha fatto un passo indietro di fronte alla scienza¹**

SOMMARIO: 1. Il diritto resiste alla scienza - 2. La scienza come criterio di legittimazione della norma giuridica - 3. Diritto come fenomeno normativo: incommensurabilità fra diritto e scienza - 4. Il diritto come super scienza - 4.1. *Voracità processuale* - 4.2. *Verità giuridica e legittimazione dell'organo decidente* - 4.3. *Verità giuridica e falsificazione* - 4.4. *Margini del sindacato giudiziario* - 5. Diritto come mediazione fra saperi distinti - 6. Conclusioni: diritto, scienza e gestione dell'incertezza.

1 - Il diritto resiste alla scienza

La tesi centrale che intendo sostenere è che l'alleanza fra diritto e scienza che ha fatto sì che il diritto, il provvedimento amministrativo, la sentenza e perfino la legge trovassero la propria fonte di legittimazione anche e innanzitutto in saperi altri rispetto a quello propriamente giuridico, e nei saperi tecnici in particolare, non ha determinato la retrocessione del paradigma proposto dal ragionamento giuridico rispetto a quello scientifico. Anzi si è verificato esattamente l'inverso.

La riscossa del fenomeno giuridico sulla scienza si esprime in tre modi distinti che presuppongono tre diversi modi di intendere il diritto:

- a) Il diritto come fenomeno normativo sostanzialmente incommensurabile con quello scientifico (che al più può costituirne una porzione);
- b) Il diritto come superscienza e quindi come strumento di legittimazione della scienza medesima;
- c) Il diritto come portatore di forme di conoscenza distinte e ulteriori rispetto al modello scientifico tradizionale.

2 - La scienza come criterio di legittimazione della norma giuridica

¹ Contributo sottoposto a valutazione.



Per quasi due secoli, la scienza ha costituito un criterio di legittimità della norma giuridica. La scientificità della decisione riduce i margini di arbitrio. Ingiustizia e la sua ancella falsità², tuonava Jeremy Bentham. Da qui l'alleanza fra principio di legalità e scienza, fra garantismo penale e cognitivismo giudiziario³. La scientificità della prova processuale mette al riparo dalle ordalie nonché dal verdetto emesso per la necessità di gettare la colpa sul capo espiatorio. Se è vero che secondo il brocardo latino il giudice è *peritus peritorum*, la discrezionalità giuridica sembra affievolirsi tanto maggiore è il grado di affidabilità della consulenza tecnica o delle prove scientifiche.

La giurisprudenza italiana ha avallato questo stato di cose. Ad esempio, sull'attendibilità scientifica dei dati emersi dalle ricerche (neuro)scientifiche, la nostra Corte di Cassazione ha espressamente recepito le conclusioni contenute in una nota sentenza della Corte Suprema americana, la sentenza *Daubert*⁴, affermando che

“i criteri fissati in tema di ammissibilità della prova scientifica [sono]: precedenti verifiche e cioè falsificabilità della teoria in senso popperiano e quindi resistenza del metodo a tentativi di smentita, controllo dei lavori pubblicati da parte di revisori qualificati (*peer review*), accettabilità dei limiti di errore, accoglimento da parte della comunità scientifica”⁵.

Daubert ha allentato i rigorosi vincoli fissati dalla pronuncia *Fry v. United States* del 1923⁶ che subordinava l'ammissibilità della prova scientifica all'accettazione generalizzata delle conclusioni scientifiche nella comunità di riferimento.

Simili conclusioni possono estendersi anche all'attività della pubblica amministrazione. Se la P.A. deve compiere una scelta tecnica, il criterio di legittimità finisce con il confondersi con quello della *scientificità*. Questa situazione comporta che la cosiddetta discrezionalità tecnica della P.A. gode di un'immunità maggiore rispetto alla generica discrezionalità amministrativa di fronte al sindacato del giudice amministrativo. La scientificità della decisione campeggia fra i criteri di legittimità della norma giuridica: del provvedimento amministrativo, della sentenza giudiziaria e perfino della legge.

² J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, Garland, New York, 1978, p. 22.

³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2011.

⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* 509 U.S. 579 (1993).

⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786 (*Cozzini e altri*).

⁶ 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).



La tesi della scienza come criterio di legittimità della decisione giuridica avrebbe dovuto avere la logica conseguenza della retrocessione del ragionamento giuridico di fronte a quello propriamente tecnico scientifico. Eppure così non è avvenuto. Anzi, è avvenuto esattamente l'inverso. Questa situazione per certi aspetti paradossale di solito viene spiegata con la crisi dei modelli epistemologici tradizionali, soprattutto quelli delle scienze naturali: crisi catturata sotto molte etichette che vanno dalla svolta ermeneutica, al post-modernismo, al post-positivismo⁷.

In realtà io credo che la resistenza, e anzi la prevalenza, del ragionamento giuridico su quello tecnico scientifico siano dovute più a caratteristiche proprie del diritto che al mutamento del modello epistemologico delle scienze naturali.

Ne è riprova il fatto che il modo di intendere la supremazia del ragionamento giuridico rispetto a quello scientifico varia a seconda del modo di intendere il diritto.

Verranno prospettate tre alternative ragioni della resistenza e perfino della prevalenza della logica giuridica su quella propriamente scientifica. Esse corrispondono ad altrettanti modi di intendere i rapporti fra ragionamento giuridico e ragionamento scientifico e a cui sono rispettivamente dedicati i tre paragrafi seguenti.

3 - Diritto come fenomeno normativo: incommensurabilità fra diritto e scienza

Il primo, e più scontato, modo di vedere le cose è quello di ipotizzare una sostanziale incommensurabilità fra il fenomeno giuridico e la scienza. Per dirla con Hans Kelsen la traslazione del nesso di causalità in principio di responsabilità e imputazione non è un'operazione affatto automatica. L'accertamento del fatto è sempre funzionale a una decisione pratica.

È la critica giusnaturalista, tuttavia, quella che contesta con più veemenza la differenza fra verità scientifica e verità morale. Poiché

⁷ V. VILLA, *Il diritto come modello delle scienze naturali*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, n. 5, 2005, p. 37. Scrive Villa: quasi tutti i filosofi della scienza e gli epistemologi di ispirazione genericamente post-positivistica (Toulmin, Polanyi, Feyerabend, Kuhn, Rescher, Lakatos, Nickles, Stegmüller, eccetera) hanno frequentemente guardato al diritto come modello per le scienze empiriche, più specificamente hanno cercato in alcuni fenomeni giuridici degli elementi per costruire un modello analogico (analogous model) da sovrapporre alle scienze naturali.



l'obiettivo del diritto non è la verità ma la giustizia⁸, allora il criterio per valutare la decisione giuridica non può essere soltanto quella della sua conformità a una verità scientifica. Al più l'allineamento fra le due forme di verità può avere natura contingente e non necessaria. Si pensi, alla ricostruzione del principio di proporzionalità della giurisprudenza costituzionale. Esiste di certo un giudizio di adeguatezza e necessità della misura volta a incidere sul diritto (e quindi sostanzialmente un giudizio di natura scientifica); ma la parte più rilevante è tuttavia quella della proporzionalità in senso stretto e cioè il giudizio di legittimità. Una volta accertato che il fumo è nocivo per la salute, rimane la distinta questione normativa se sia legittimo il divieto assoluto di fumare. Si tratta di un divieto compatibile, ad esempio, con la libertà personale? O con la libertà d'impresa?

Vi sono poi innumerevoli ipotesi in cui i principi fondamentali impediscono l'accesso della scienza: per fare qualche esempio, il divieto di utilizzo di prove scientifiche acquisite in modo illegittimo, il divieto del *ne bis in idem*; l'inammissibilità dei nuovi poligrafi⁹, le macchine della verità di ultima generazione, ritenute inammissibili non solo se finalizzate a ottenere informazioni dall'imputato (in quanto verrebbero violati il principio "*nemo tenetur se detegere*", e in genere dei diritti di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione nonché dei diritti di libertà personale e riservatezza di cui agli artt. 2, 13 e 15) ma anche quando volte a verificare l'attendibilità dei testimoni¹⁰.

Non è tuttavia questo il tema centrale del mio intervento. Mi interessano piuttosto gli altri due modi di intendere il ragionamento giuridico in relazione a quello scientifico.

4 - Il diritto come super scienza

Che i giuristi non possano sapere tutto è una banalità. Tuttavia, sempre più di frequente costretti a pronunciarsi sulla tenuta di piloni autostradali, sulla qualità del cemento delle costruzioni edili; sulla pericolosità di virus e batteri, sulla validità di risonanze magnetiche cerebrali o di test di DNA, hanno finito col generare l'idea del diritto come super scienza. Si dice che il

⁸ J. B. WHITE, *Legal Knowledge*, 115 *Harvard Law Review*, 2001-2002, p. 1396.

⁹ F. SCHAUER, *Can Bad Science be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection, and Beyond*, *Cornell Law Review*, 95, 2011, p. 1191.

¹⁰ *Wilson v. Corestaff Services L.P.*, 900 N.Y.S.2d 639 (N.Y. Sup. Ct. 2010).



processo sia il più autentico banco di prova della verità scientifica e che, specialmente in sede di responsabilità civile, i giudici possono spingersi addirittura oltre i tecnici.

L'attrazione fatale fra diritto e scienza ha avuto una conseguenza paradossale: non più la scienza come fonte di legittimazione del diritto, ma il diritto come fonte di legittimazione della scienza. Questo paradosso si spiega con l'idea che il modello offerto dalla logica giuridica, e quello del contraddittorio innanzitutto, sia il più attrezzato a competere con il metodo scientifico tradizionale. Secondo questo modo di vedere le cose, il ragionamento giuridico ha mosso al ragionamento scientifico tradizionale critiche non riguardo alle finalità della conoscenza o alla visione del mondo sottesa al paradigma scientifico moderno, ma più che altro attinenti al metodo.

Quattro sono le caratteristiche del diritto che hanno propiziato una forma di competizione fra metodo giuridico e metodo scientifico e il prevalere del primo rispetto al secondo.

4.1 - Voracità processuale

La prima è innanzitutto la voracità della dimensione processuale che tende a inglobare anche la logica scientifica su quella propria del laboratorio. Più in particolare, la dimensione pubblica del processo, e la conseguente amplificazione emotiva delle questioni in campo, ha fatto sì che il paradigma retorico, che postula l'importanza dell'uditorio per la decisione, venisse esteso al modello propriamente scientifico. Si pensi alla domanda proposta dall'attore processuale su chi debba rispondere della morte di centinaia di persone sotto le macerie di un terremoto. È il giudizio di responsabilità civile o penale che può solleticare l'esigenza di formulare ipotesi scientifiche sulla prevedibilità dei fenomeni sismici, spesso smentite da geologi e sismologi.

A ciò si aggiunga che il principio del contraddittorio ha finito con il generare il convincimento che la verità possa emergere solo dal confronto fra una tesi e un'antitesi: convincimento consolidatosi per effetto dell'estensione del contraddittorio alle questioni tecniche sollevate nelle aule giudiziarie e all'obbligo di affiancare al consulente tecnico d'ufficio i consulenti di parte.

Si tratta di caratteristiche per le quali la verità processuale e comunque la validità della decisione dipendono anche e soprattutto dalle varie fasi del procedimento. Non è un caso che gli scienziati lamentino da decenni una scarsa considerazione nella società a detrimento dei giuristi.



4.2 - *Verità giuridica e legittimazione dell'organo decidente*

La seconda causa che ha gradualmente determinato la prevalenza del diritto sulla scienza dipende ancora una volta da una modalità propria del ragionamento giuridico, dove la legittimità di una norma giuridica dipende innanzitutto dalla legittimazione dell'organo decisore. Anche qui è il ragionamento giuridico che costituisce il paradigma del ragionamento scientifico e vi getta un'ombra di dubbio. La filosofa politica Hanna Pitkin ci spiega che il concetto di rappresentanza si ferma di fronte alla conoscenza scientifica. È irrilevante che l'affermazione 2+2 faccia quattro provenga da un organo legittimato o meno¹¹. La verità scientifica non richiede alcuna legittimazione. Ma non è così per il diritto. L'idea che il criterio di legittimità della norma giuridica non possa prescindere dalla legittimazione dell'organo ha avuto una traslazione in campo scientifico che si manifesta sotto diversi aspetti. Proprio come la struttura processuale getta un'ombra sul metodo scientifico tradizionale, così la questione dell'organo legittimato porta a gettare un'ombra sullo scienziato. Se possa il procedimento scientifico prescindere dalle precondizioni e soprattutto dagli interessi coinvolti dalla ricerca è una domanda che più o meno esplicitamente sottende molti degli atteggiamenti dell'opinione pubblica nei confronti dei pareri degli esperti.

Gli esempi sono cospicui. Vanno letti in questa luce i dubbi sollevati dalle questioni relative al finanziamento della ricerca o alla possibile miopia istituzionale degli organi ritenuti scientificamente competenti o alla mancanza di terzietà dell'organo tecnico di controllo. Proprio sulla base di questo argomento il TAR Lazio ha sospeso il parere negativo sul caso stamina della Commissione di Esperti perché si erano già espressi negativamente sul metodo Vannoni¹².

Ancora una volta, il paradigma processuale ha finito con lo screditare il procedimento scientifico.

4.3 - *Verità giuridica e falsificazione*

Il terzo profilo attiene a un altro aspetto della dimensione processuale. Il diritto, e il ragionamento giudiziario innanzitutto, come affermò Oliver

¹¹ H. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, Oakland, 1972.

¹² TAR Lazio, sez. III, ordinanza n. 4728 del 4 dicembre 2013.



Wendell Holmes, segna confini¹³. Agisce però quasi sempre in negativo: dice molto più spesso cosa non andava fatto piuttosto che affermare cosa vada fatto. Contesta anziché suggellare. Il ragionamento giuridico svolge la funzione popperiana della falsificazione di quello propriamente scientifico. Il giudice spesso non detta una soluzione alternativa a quella cassata, ma impone all'organo incaricato una nuova valutazione. Questa posizione privilegiata finisce con il corroborare il convincimento di una maggiore attendibilità del giudice rispetto allo scienziato.

4.4 - Margini del sindacato giudiziario

La proporzione inversa fra grado di affidabilità della decisione tecnica e ampiezza del sindacato giudiziario fa sì che laddove persista un margine di opinabilità (*scientifica*) sulle decisioni che stanno a base del provvedimento amministrativo, allora il sindacato giudiziario può ritornare a espandersi.

Ad esempio, se l'AGCM deve stabilire la rilevanza economica di un certo mercato al fine di accertare l'esistenza di pratiche che violano la concorrenza, la parte interessata può richiedere una seconda verifica tecnica al giudice¹⁴, in ossequio ai principi di cui agli artt. 24 e 101 Cost. Si aggiunga che la struttura processuale è sempre più attrezzata di consulenti tecnici: in modo tale che l'aula processuale possa gradualmente trasformarsi in un luogo alternativo al laboratorio scientifico.

Le quattro caratteristiche (modello processuale; verifica sull'organo decisore; attitudine a sindacare in negativo del ragionamento giudiziario; margini del sindacato e discrezionalità) propongono un modello in cui il ragionamento giuridico non si limita a screditare quello scientifico, ma addirittura si propone come quello più autenticamente accurato anche dal punto di vista scientifico. È questa la ragione per cui parecchie sono le voci che denunciano la diffusione di una pseudoscienza nelle aule dei tribunali.

¹³ O.W. HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in *Harvard Law Review*, 12,7 1899, pp. 443-463.

¹⁴ Cassazione, SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013: *“l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica”*.



5 - Diritto come mediazione fra saperi distinti

Vi è un terzo modo di concepire i rapporti fra diritto e scienza.

Qui viene posta enfasi su quella che Bruno Latour definisce la eterogeneità epistemologica della scienza giuridica e cioè sulla natura composita della conoscenza del giurista¹⁵.

In questo terzo approccio la differenza fra conoscenza giuridica e conoscenza scientifica non attiene soltanto alla questione normativa, come nel nostro primo modello; né solamente alla dimensione processuale, come nel secondo modello; ma riguarda un aspetto molto più ampio del fenomeno giuridico.

Il diritto in quest'ultima accezione è una forma di mediazione anche fra forme di conoscenza. Come ci insegnano gli antropologi, il diritto svolge essenzialmente un'attività di mediazione. La radice *meddix* testimonia che la misura e la moderazione sono proprie del ragionamento giuridico¹⁶. Ora, fra i poli fra cui il diritto media credo vi siano anche conoscenza scientifica, da un lato, e conoscenza comune, dall'altro; fra sapere tecnico e senso comune; fra linguaggio scientifico e linguaggio dei profani.

Parecchi autori cercano di cogliere questo aspetto che è teorico e normativo al tempo stesso. Habermas si chiede in che modo il potere che proviene dall'agire comunicativo (*potere comunicativo*) presente nella società possa tradursi nel linguaggio sistemico degli apparati (*potere politico-amministrativo*) senza tradire se stesso¹⁷.

Teubner parla di perturbazione costante a cui il sistema aiutopoietico del diritto è esposto da parte di altre dimensioni della realtà. De Sousa Santos è il più esplicito nel riconoscere la coesistenza di più aspetti nel diritto. L'autore è peraltro in prima fila nel ridimensionare il paradigma scienziatista che, a suo dire, ha perso il mordente emancipatorio che ha avuto nei secoli scorsi; e nel ribadire l'importanza del senso comune per il fenomeno giuridico¹⁸.

La conoscenza giuridica, mediando fra saperi distinti, può apparire incoerente se si assume solo un punto di vista. Si tratta tuttavia di un'incoerenza ineliminabile. Si pensi, ad esempio, ai casi relativi all'utilizzo

¹⁵ M. VALVERDE, *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2003.

¹⁶ E. BENVENISTE, *Vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. II, Einaudi, Torino, 1988.

¹⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 1996.

¹⁸ B. de SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, Butterworth, London, 2002, p. 11.



di risonanza magnetica funzionale nei processi penali per stabilire lo stato soggettivo dell'imputato o di altri soggetti del giudizio, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. La Corte d'Assise d'Appello di Trieste ha riconosciuto la legittimità di test e indagini peritali sulla conformazione cerebrale dell'imputato alla "ricerca di polimorfismi genetici significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali fra i quali [...] l'esposizione a eventi stressanti e a reagire agli stessi con comportamenti di tipo impulsivo"¹⁹, e ha applicato, per la parziale incapacità di intendere e di volere, la riduzione della pena nella misura massima di un terzo. A simili conclusioni è giunto il Tribunale di Como, precisando tuttavia che le indagini di genetica molecolare possono soltanto corroborare risultati emersi per altre vie e costituire dunque un utile completamento "in grado di ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili col solo metodo di indagine tradizionale clinico", ma non possono consistere nella cosiddetta prova regina²⁰. Al contrario il Tribunale di Venezia ha respinto la tesi della difesa secondo cui vi sarebbe una connessione fra una patologia cerebrale identificata come cordoma del clivus, emersa da risonanza magnetica, e l'impulso pedofilo che avrebbe indotto l'imputato a delinquere²¹.

L'idea che il diritto costituisca un ponte fra saperi diversi fa sì che nel ragionamento giuridico trovino riconoscimento posizioni comunemente scartate nel modo di procedere scientifico tradizionale. Il diritto, ad esempio, tutela il consumatore ignorante; l'amministratore locale che improvvidamente si è avventurato nella finanza ardita²²; presuppone una certa opacità nei rapporti umani che impone di scartare alcune proposte che vengono dai neuroscienziati perché troppo distanti dal senso comune; e riconosce come legittime posizioni da cui la scienza di norma diffida, come il desiderio di illusioni e la speranza.

Questo stato di cose è desumibile dalla giurisprudenza prima ancora che dalla dottrina. Si pensi al celeberrimo caso stamina, metodo oggetto di aspre critiche nella comunità scientifica, e tuttavia strenuamente difeso dai pazienti per i quali non fosse più disponibile alcuna cura. Dopo la sospensione del metodo a opera dell'ordinanza IAFA N. 1/2012, parecchi tribunali²³ ne hanno intimato la riattivazione ritenendo il diritto alla salute

¹⁹ Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 1 ottobre 2009.

²⁰ Trib. Como, G.i.p., 20 maggio 2011.

²¹ Trib. Venezia, G.i.p., 24 gennaio 2013, n. 296.

²² Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032.

²³ Fra cui il Tribunale di Venezia, sez. Lavoro, 7 agosto 2012; TAR Brescia, ord. 5 settembre 2012, n. 414; Tribunale di Roma, sez. Lavoro, ord. 16 novembre 2012.



un bene non comprimibile e adducendo l'esistenza di un diritto a una cura compassionevole (che presuppone anche la tutela della speranza di guarigione) anche quando i risultati scientifici non sembrano corroborare la cura.

Il diritto alla speranza (*the right to hope*) è stato riconosciuto anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come ingrediente del concetto di dignità umana. Con la decisione la CEDU ha ritenuto illegittima una legge inglese che negava la possibilità di anticipare il fine pena nei condannati all'ergastolo per certi reati²⁴.

A conferma di questa tesi, può essere altresì menzionata certa giurisprudenza che riconosce nell'ambito della libertà religiosa anche il diritto di *inventare* nuove religioni. In *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944) la Corte Suprema americana ha stabilito un principio da cui non si è più discostata e cioè che non esiste reato di truffa nell'ipotesi di raccolta di fondi destinati a una nuova religione, perché la sincerità della pretesa religiosa degli imputati non può essere sottoposta alla giuria, in quanto coperta del primo emendamento²⁵.

In questo terzo modo di vedere le cose, il ragionamento giuridico non si limita a contestare il metodo degli scienziati, salvaguardandone però la visione scienziata di fondo, ma si discosta da questo in modo più radicale. La differenza fra sapere giuridico e sapere scientifico attiene sotto questo profilo alla unilateralità del secondo rispetto al primo.

Simile trattamento va riconosciuto al senso comune, spesso liquidato dagli scienziati per la sua natura irriflessa. Scrive De Sousa Santos:

"in effetti, dobbiamo ancora una volta chiederci se non abbia qualche valore anche la cosiddetta conoscenza di senso comune, quella conoscenza che noi, come individui e come soggetti collettivi creiamo e utilizziamo per dare senso alle nostre pratiche, ma che la scienza insiste nel ritenere irrilevante, falsa, illusoria"²⁶.

²⁴ *Vinter and others v. the United Kingdom*; July 2013.

²⁵ La giurisprudenza italiana è stata sul punto più oscillante nonostante abbia alla fine concluso per l'insussistenza del sodalizio criminale nel caso *Scientology*: cfr. App. Milano, sez. I pen., 5 ottobre 2010, che ripercorre l'intera, complessa vicenda processuale e richiama le due pronunce Cass. 9 febbraio 1995 e Cass. 8 ottobre 1997 (https://www.cesnur.org/2001/scient_01.htm). Cfr. anche S. FERRARI, *La nozione di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in AA. VV., *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Giappichelli, Torino, 1995.

²⁶ B. De Sousa Santos (eds.), *Another Knowledge Is Possible: Beyond Northern Epistemologies (Reinventing Social Emancipation: Toward New Manifestos)*, Verso, New York, 2008.



6 - Conclusioni: diritto, scienza e gestione dell'incertezza

L'attrazione fra diritto e scienza ha diffuso l'illusione della diminuzione dell'incertezza corrispondente al passaggio dal caos all'ordine. Questa tendenza non solo è smentita dalla realtà ma può essere messa in discussione anche da un punto di vista normativo. Come segnala De Sousa Santos, la *vis* emancipatrice del diritto oggi è più presente nel caos che nella razionalità cognitivo strumentale della scienza.

Del resto, come ha mirabilmente scritto Chaïm Perelman, il passaggio dal diritto arcaico al diritto moderno è scandito dall'abbandono delle prove legali e dall'accettazione dell'idea del libero convincimento del giudice²⁷. Dalla certezza della decisione alla responsabilità di chi decide e dunque dalla certezza all'incertezza.

Oggi è comune sostenere la tesi che la relazione fra diritto e incertezza dipenda da fattori contingenti²⁸, quali la crisi economica o l'instabilità politico sociale. Io direi che la gestione dell'incertezza non è altro che la gestione della scelta fra corsi d'azione alternativi ma anche il riflesso di un fenomeno che attinge a forme di conoscenza spesso in concorrenza fra loro: caratteristiche a cui non si può sfuggire perché costituiscono l'essenza più profonda del diritto.

Law as system which incorporates distinct epistemological methods. Why legal reasoning did not retreat before scientific knowledge.

The central claim of this Article is that, despite the frequent references by legal acts to scientific knowledge, the scientific method has not supplanted or overshadowed the proper features of legal reasoning arising from the idea of law as an autonomous system of knowledge. In fact, just the opposite has occurred. It will be argued that the resistance of the legal at the scientific method can be explained on the basis of three distinct theories of law and legal reasoning: a) the first claims that law is a normative system which is incommensurable with science; b) the second qualifies law as a kind of superscience which grounds legitimacy to science itself; c) the third defines law as a normative system which accepts and incorporates forms of knowledges which the scientific method normally rejects.

Keywords: legal reasoning; scientific method; common sense; knowledge.

²⁷ C. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979; L.H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review*, 84, 1971, pp. 1333-34.

²⁸ B. de SOUSA SANTOS, *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*, Routledge, New York, 2014.

