

Scritti per Roberto Bin

a cura di

**C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo
A. Guazzarotti, C. Mainardis**



G. Giappichelli Editore

Scritti per Roberto Bin

*Scritti per
Roberto Bin*

a cura di

C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo
A. Guazzarotti, C. Mainardis



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1167-7

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata e del Dipartimento di Economia e Management dell'Università di Ferrara, Fondo per il Finanziamento dell'Attività di base di ricerca 2017.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

FONTI DEL DIRITTO E TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE

SERGIO BARTOLE, <i>Tra Marx ed il costituzionalismo dell'Europa occidentale?</i>	3
FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, <i>Le "cattedrali normative" e l'attuazione della legge</i>	11
MASSIMO CAVINO, <i>Perché al cuor non si comanda? Sulla provvisorietà dei rapporti tra ordinamenti normativi e ordinamento giuridico</i>	21
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Nell'isola d'If. Digressioni su circostanze, distanze e discrezionalità del giudice</i>	28
ROBERTO CHERCHI, <i>Esistono le convenzioni e le consuetudini costituzionali? Il caso del terzo mandato di Franklin Delano Roosevelt</i>	38
LUCILLA CONTE, <i>La quête e alcune considerazioni sulla "forma" della famiglia</i>	47
FULVIO CORTESE, <i>Lo stile del giurista, l'epistemologia giuridica e le teorie sull'informazione: tre spunti</i>	58
PAOLO GIANGASPERO, <i>Giocare con il gatto e con il τόπος</i>	68
DIMITRI GIROTTO, <i>Su alcuni atti atipici, ripensando al principio di legalità e alla distinzione tra hard e soft law</i>	77
FLAVIO GUELLA, <i>Realtà fisica (oltre il modello standard) e immaginazione giuridica (oltre lo stato di diritto): quale metodologia per connettere fatti economici e Costituzione?</i>	88
GIUSEPPE MARTINICO, <i>Fuoco e Fiamme. Populismo, rivoluzione e potere costituente</i>	99
GIACOMO MENEGUS, <i>Regole e regolarità nella nomina del Presidente del Consiglio di Stato</i>	110

	<i>pag.</i>
PASQUALE NAPPI, <i>L'importanza di non perdere la causa ... e preferibilmente non portarla neanche davanti al giudice</i>	121
GLAUCO NORI, <i>Il diritto e l'entropia sociale</i>	132
PIETRO PINNA, <i>Su che cos'è la Costituzione</i>	141
EMANUELE ROSSI, <i>Difficile ma necessario: definire cosa è la "religione"</i>	150
ILENIA RUGGIU, <i>Il giudice dentro l'esperimento. Per una "interpretazione multiculturale" ispirata dalla teoria quantico-ermeneutica di Roberto Bin</i>	158
GIULIO M. SALERNO, <i>Gli oggetti frattalici nel diritto costituzionale: esempi e finalità delle tecniche interpretative</i>	168
GIOVANNI TARLI BARBIERI, <i>«L'insostenibile centralismo del centro»: ovvero dell'agonizzante autonomia statutaria e regolamentare delle Università</i>	180

ORGANIZZAZIONE DELLA REPUBBLICA

ENZO BALBONI, <i>Valori e realtà delle autonomie: dialogo immaginario tra compagni di strada</i>	195
MARCO BETZU e PIETRO CIARLO, <i>Il quorum referendario come argine alla democrazia plebiscitaria</i>	209
OMAR CHESSA, <i>Fisica statale. Appunti per una dottrina dello Stato post-decisionista</i>	219
LEOPOLDO COEN, <i>La necessaria incertezza: criteri di qualificazione e figure soggettive dell'organizzazione amministrativa</i>	231
ANTONIO D'ANDREA, <i>Forma di governo e coordinate costituzionali: i limiti del giustificazionismo fattuale</i>	243
ANDREA DEFFENU, <i>Un caso di lacerazione dello spazio topologico della forma di governo: la V Repubblica francese</i>	253
SEBASTIANO DONDI, <i>L'idraulico e l'architetto. Prospettive di renovatio dell'azione pubblica all'epoca del minimalismo costituente</i>	263
GIANDOMENICO FALCON, <i>Due casi di secessione: Texas v. White (1868) e Andy Wightman (et a.) v. Secretary of State for Exiting the European Union (2018)</i>	272
FABIO FERRARI, <i>Topologia della forma di governo e controfirma ministeriale: ai confini della responsabilità politica</i>	287

	<i>pag.</i>
GLADIO GEMMA, <i>Antipartitismo e qualità della politica</i>	297
MARIO GORLANI, <i>Percorsi possibili per un rilancio del tema delle autonomie</i>	306
NICOLA LUPO, <i>Su governi tecnici, governi neutrali e sulle loro strutture tecniche</i>	315
GIOVANNI PITRUZZELLA, <i>Stato di diritto, indipendenza delle Corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?</i>	326
GUIDO RIVOSECCHI, <i>Che ha di federale il «federalismo fiscale»? Brevi riflessioni a dieci anni dalla riforma</i>	339
ANTONINO SPADARO, <i>Sui caratteri del parlamentarismo «all'italiana»: o doppia fiducia o doppia maggioranza</i>	348
RICCARDO URSI, <i>Il mito del managerialismo pubblico ed il legalismo dell'efficienza</i>	360

UNIONE EUROPEA

MARIA EUGENIA BARTOLONI, <i>Deficit democratico nell'Unione europea. Come da «programma originario»?</i>	371
GIOVANNI COINU, <i>Diritto e Politica vs. Governance e Burocrazia. Dall'Unione Europea una possibile soluzione?</i>	383
LUIGI COSTATO, <i>La crisi dell'Unione europea e le prospettive di riforma</i>	393
PIETRO FARAGUNA, <i>Il pluralismo costituzionale europeo tra debiti intellettuali e nuove sfide</i>	402
ALESSANDRO MANGIA, <i>Il frattale europeo e la logica del 'descrivere' per 'prescrivere'</i>	411
ALDO SANDULLI, <i>Non coassialità tra ordinamenti e trasformazioni del rule of law europeo</i>	422
ALESSANDRO SOMMA, <i>Il governo delle condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione europea</i>	433
LORENZA VIOLINI, <i>Il principio di indeterminazione preso sul serio? Il caso serio della Carta dei Diritti dell'Unione europea</i>	443

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

CORRADO CARUSO, <i>L'interpretazione conforme alla Cedu e i «diritti a somma zero»</i>	457
--	-----

	<i>pag.</i>
GIACOMO D'AMICO, «Crepe» e «valanghe» ... ma anche «ripidi pendii» e «rifugi» nell'accesso alla Corte	468
MARCO DANI, <i>Metafore nautiche e ruolo della giustizia costituzionale</i>	479
GIANMARIO DEMURO, <i>La forma della democrazia è l'ultima fortezza</i>	488
ROBERTO DI MARIA, <i>Se «al cuor non si comanda» allora «va' dove ti porta il cuore»: la Corte costituzionale tra «ragione e sentimento»</i>	495
ALESSIA FUSCO, «Perché porsi il problema?». Tornare a riflettere sull'imparzialità e sull'indipendenza dei giudici costituzionali italiani, guardando ai giudici di Lussemburgo e Strasburgo	504
TOMMASO F. GIUPPONI, «Ultima fortezza» o «ordinario presidio»? Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato e l'autonomia parlamentare	512
MICHELE MASSA, <i>Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale</i>	524
LUDOVICO A. MAZZAROLLI, <i>Magistrati e Costituzione. Costituzione e «Carte dei diritti» e pronunce di Corti europee. Artt. 101 e 117, comma 1, Cost. Tout se tient</i>	536
CARLO PADULA, <i>Il ruolo della Corte costituzionale, fra entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. n. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche</i>	545
ANDREA PUGIOTTO, <i>Metamorfosi e tramonto della «residualità» nei conflitti tra poteri da atto legislativo</i>	555
ROBERTO ROMBOLI, <i>Il giudizio di ragionevolezza: «una nozione di famiglia, non suscettibile di definizione esaustiva»</i>	567
ROBERTO TONIATTI, <i>La giurisprudenza costituzionale come norma sulla produzione</i>	578

DIRITTI FONDAMENTALI E GIURISDIZIONE

ANNA ALBERTI, <i>La vita in Costituzione. Qualche riflessione dopo Corte cost., ord. n. 207/2018</i>	591
GIUSEPPINA BARCELLONA, <i>La dignità del nano: storia di un «quid»</i>	600
CARLO CASONATO, MARTA TOMASI, SIMONE PENASA, LUCIA BUSATTA, CINZIA PICIOCCHI, <i>Biodiritto costituzionale. O no?</i>	611

	<i>pag.</i>
ALESSIA-OTTAVIA COZZI, <i>L'assolutizzazione del principio di eguaglianza tra diritto europeo e diritto interno</i>	624
MARCO CROCE, <i>Brevi considerazioni sulle definizioni giuridiche di religione e di confessione religiosa</i>	633
SALVATORE CURRERI, <i>Tutela della democrazia e (neo)fascismo. (Commento a TAR Lombardia, ordinanza dell'8 febbraio 2018, n. 68)</i>	641
GIAN PAOLO DOLSO, <i>I "decaloghi" della Cassazione: funzione giurisdizionale o normativa? Il caso del diritto all'oblio</i>	652
DANIELE DONATI, <i>La Costituzione-frigorifero</i>	664
MARIO ESPOSITO, <i>Considerazioni sugli impedimenti costituzionali dello stare decisis</i>	673
DAVIDE GALLIANI, <i>I criceti e la ruota che gira. Il senso costituzionale dell'obbligo di motivazione</i>	684
NICOLA LUCCHI, <i>Scienza e diritti di proprietà intellettuale</i>	700
MARCO MAGRI, <i>«Disordine» del sistema e garanzie di accesso alla giustizia ambientale</i>	712
FRANCO MODUGNO, <i>È forse il diritto alla sicurezza giuridica un diritto fondamentale?</i>	722
ALESSANDRO MORELLI, <i>I diritti come ombrelli. Le implicazioni di una metafora</i>	725
STEFANIA PARISI, <i>Dilemmi e suggestioni su fonti e diritti, rileggendo "A discrezione del giudice" di Roberto Bin</i>	734
GIOVANNI POGGESCHI, <i>La dignità dell'uomo: l'ultima Thule o l'isola che non c'è?</i>	744
ANTONIO RUGGERI, <i>Pentole o ombrelli costituzionali?</i>	754
ANDREA SIMONCINI, <i>"Vecchi diritti e nuove questioni": il diritto all'algoritmo "ragionevole"</i>	767
PAOLO VERONESI, <i>Il fine-vita e la Costituzione: tra piogge, pentole e ombrelli "biniani"</i>	777

DILEMMI E SUGGERZIONI SU FONTI E DIRITTI, RILEGGENDO “A DISCREZIONE DEL GIUDICE” DI ROBERTO BIN

STEFANIA PARISI *

«Dateci Maestri, che celebrino il terrestre»

R.M. Rilke, *Su Dio*, Milano, Adelphi, 2003-XIV ed.

«Nessuna teoria dell'interpretazione giuridica può ridurre la discrezionalità dei giudici. Però ...».

R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva “quantistica”*.

1. *Per cominciare.*

Gli scritti dedicati al ruolo dell'interpretazione del giudice e al tentativo di arginarne la discrezionalità somigliano sempre di più a un verniano viaggio al centro della Terra¹: una specie di cammino tortuoso e fantastico, che avvince chi lo intraprende e spaventa chi, temendo di misurarsi con profondità e insidie, lo osserva a debita distanza. Da capitano coraggioso, Roberto Bin ha intrapreso questo viaggio dividendolo in stazioni, non sempre immediatamente riconoscibili come parte del percorso ma che poi tali si rivelano, a una lettura più attenta. Personalmente, invece, ho declinato l'invito di misurarmi con questi temi offerto dalla teoria generale e, a volte, dalla filosofia del diritto; tuttavia, anche una vocazione dommatica semplice come la mia viene robustamente sollecitata da scritti come *A discrezione del giudice*.

Il volume si interroga su questioni di importanza centrale relative alla teoria dell'interpretazione: è evidente *ictu oculi*, a cospetto di un titolo così a effetto. È naturale, però, che non di sola teoria dell'interpretazione si parli. Ci sono ricadute così importanti nei settori relativi alla teoria delle fonti e dei diritti fondamentali che non si possono sottovalutare e il cui senso necessita, però, di alcuni chiarimenti preliminari. Mi sembra questa la sede

* Professoressa associata di Diritto regionale e Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ «Il potere discrezionale del giudice rimane relegato nel regno dell'ignoto, avvolto nelle nubi del mistero e persino i suoi fondamenti filosofici sono poco chiari», secondo A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995 (trad. it. a cura di I. Mattei di *Judicial discretion*, Yale University Press, 1989).

adatta per continuare il dialogo scientifico con l'autore, nel segno della dialettica paritaria che da sempre ne ha contraddistinto il *modus operandi*. Proverò in questa sede a porre all'autore alcune domande relative al suo libro che intercettano due dei miei temi di ricerca di questi anni: uno, più antico, ossia la teoria delle fonti; un altro, più recente, relativo ai diritti di libertà e alle "scelte tragiche"² che il loro bilanciamento impone, con particolare riguardo al fenomeno del negazionismo dell'Olocausto³. Questo mio agile scritto in forma di dialogo non ha l'ambizione di rivelare alcunché, ma solo di costruire letture alternative dell'illuminato testo di Bin, esaminandolo nei suoi percorsi argomentativi, provando a sollecitare nuove domande (più che a dare risposte) e facendo reagire Bin con sé stesso e con idee già espresse in altri luoghi della sua produzione scientifica.

2. Per decostruire e domandare (non rispondendo).

Partirei dal post-it che appare in copertina e che afferma: *Nessuna teoria dell'interpretazione giuridica può ridurre la discrezionalità dei giudici. Però ...* Il post-it sembra fare una promessa o, comunque, un rinvio. Sembra dire: per quanto molte teorie abbiano provato ad arginare la discrezionalità dei giudici, nessuna è riuscita a proporre dei rimedi, dei correttivi efficaci. Però una strada c'è ... Quando ho ultimato la lettura, però, mi sono accorta che ho peccato di costruttivismo interpretativo: ho attribuito a una semplice disgiunzione un significato assolutamente sovrabbondante che, alla fine, essa non poteva avere e non ha avuto. Quel "però" è, in realtà, solo un modo per dire che è possibile arginare (non la discrezionalità del giudice ma) le conseguenze che nell'ordinamento derivano dal ritenere pericolosa in sé una discrezionalità del giudice nell'esercizio della sua funzione di interpretazione. La scoperta mi ha rassicurato solo in parte, aprendomi a nuovi, sfocati, orizzonti.

Ad esempio, ho incontrato alcuni problemi nella costruzione di un sistema delle fonti attraverso la teoria interpretativa proposta da Bin e mi sono allora chiesta: come ne esce la teoria delle fonti alla luce di questa teoria dell'interpretazione? *Rectius*: possiamo ragionevolmente sostenere che gli sforzi per costruire una *dommatica* delle fonti non siano stati vani? Se le fonti non sono che un debole ancoraggio alle decisioni dei giudici, nella misura in cui tutto si mescola entropicamente e non è possibile risalire a una sola norma che ab-

² Mi approprio, qui, del sintagma ad altri fini destinato nel celeberrimo libro di G. Calabresi e P. Bobbitt, *Tragic choices*, New York, 1978, trad. it. a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, *Scelte tragiche*, Milano, 1986.

³ La distanza tra i due temi è solo apparente. Se si accetta l'assunto in base al quale il costituzionalismo contemporaneo è animato dall'idea «che i diritti fondamentali debbano essere intesi (...) come parte integrante del diritto positivo, e devono essere circondati da una serie di garanzie specificamente giuridiche», ne discende che «i diritti fondamentali (...) sono collocati dentro il diritto positivo, e anzi al vertice stesso della gerarchia delle fonti del diritto» essendo consacrati all'interno della Costituzione, la cui natura apicale rende i *diritti*, allo stesso tempo, parte del *diritto* e sottratti alla disponibilità degli organi dello Stato apparato. I virgolettati, come pure il paradosso testé descritto, appartengono a G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, spec. pp. 7-8.

bia originato la regola del caso, che senso ha affannarsi nella ricerca inesausta di criteri ordinatori continuamente disattesi? Se questa teoria fosse descrittiva del *modus operandi* dei giudici non ci sarebbero pericoli concreti quando essi prendono contatto con i diritti fondamentali?

Prima di provare a rispondere, però, è necessario chiarire cosa ho ricavato dalla lettura per poi confrontarsi con essa in modo problematico.

Il punto di partenza è dato dalla idea secondo cui i giudici, che in nessun ordinamento godono di una «piena legittimazione democratica»⁴, assumono decisioni spesso svincolate dai criteri indicati dal legislatore, unico organo rappresentativo. Si tratta, peraltro, di un problema avvertito sia in ordinamenti di *common law* sia nei sistemi europei. L'avvento della Costituzione ha, poi, complicato fatalmente il quadro: non solo ha sovvertito lo schema gerarchico imperniato sulla centralità della legge ma ha affidato alla giurisprudenza costituzionale «un ruolo inedito di produzione delle norme – norme generate dalla costituzione e perciò destinate a collocarsi allo stesso livello di questa»⁵, poiché le norme che discendono dalle disposizioni assumono lo stesso rango della fonte interpretata. Ma la Costituzione è di tutti e le Corti costituzionali non ne detengono il monopolio interpretativo. Tutti i giudici si trovano infatti ad applicare la legge e la Costituzione, in uno schema che perturba la geometrica rappresentazione kelseniana delle fonti e la rende impercorribile. Da qui si sviluppano le teorie dell'interpretazione, specie nordamericane, volte a limitare il ruolo del giudice e a dare risposte rassicuranti agli interpreti. Si tratta, però, di risposte sbagliate ... «perché le domande sono sbagliate» (p. 11). Da qui parte la fortunata metafora che, nel paragonare la scienza giuridica alla fisica, ne propone una lettura «quantistica» che mette in discussione l'approccio newtoniano. Quest'ultimo è accusato di fondarsi su una premessa fallace: quella secondo cui sussiste una scissione tra osservatore e oggetto dell'osservazione. Fuor di metafora, le teorie interpretative del diritto «filonewtoniane» si fonderebbero su una «netta separazione tra l'oggetto e il soggetto dell'interpretazione/applicazione del diritto»: così ragionando, Kelsen e Dworkin⁶ – pur nella loro ovvia diversità – convergerebbero nella premessa epistemologica secondo cui il procedimento di interpretazione e di applicazione del diritto è una meccanica sussunzione della fattispecie concreta alla norma generale e astratta, con l'unico limite delle norme costituzionali.

E se la fisica quantistica ha messo fine alla epistemologia newtoniana, così è necessario accantonare la medesima ontologia materialistica seguita dalle dottrine giuridiche che costruiscono in modo deterministico la decisione giudiziaria. Alcune premesse della fisica

⁴R. Bin, *A discrezione del giudice ...*, p. 7.

⁵R. Bin, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁶Peraltro, l'Ercolo di Dworkin è considerato il «gemello giuridico» del Demone di Laplace nella misura in cui sono entrambi dotati di conoscenze che li elevano dall'umano e permettono di giungere, rispettivamente, alla *one right answer* per risolvere un *hard case* e alla previsione di tutti i moti dei corpi dell'universo di modo che *rien ne serait incertain pour elle* e che *l'avenir comme le passé, serait présent à ses yeux*. (da S. Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, Paris, 1814. Contesta questa assimilazione O. Chessa, *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 14/2014, p. 411 ss., spec. p. 423.

quantistica vengono fatte proprie dall'A. che le elenca in proposizioni. Il discorso origina dalla frase di Heisenberg *Ciò che osserviamo non è la natura stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine*. Ne consegue che *l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte*: non solo, dunque, il giudice definisce l'oggetto della propria attività interpretativa ma, talora, è l'intero sistema «a dare forma e senso ad essa» (p. 19); *se ogni osservatore è parte del sistema osservato allora tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi*: ciò significa che di un caso sono possibili più soluzioni e che «nessuna può pretendere di essere oggettivamente vera»⁷; *l'osservazione determina ciò che deve essere osservato perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare*: questo accade poiché «l'interprete sceglie l'"oggetto" da interpretare e applicare»; *ogni atto di osservazione costituisce un processo irreversibile*: nella misura in cui l'interpretazione produce un precedente, se ne dovrà tenere conto per le future decisioni.

L'attività del giudice consiste nell'applicare la legge – cui egli stesso è sottoposto – ai casi. Il problema si pone, però, nel risolvere i cc.dd. *hard cases*, ossia quei casi in cui non vi sia una regola specifica cui ricorrere: poiché il legislatore non può coprire lo spettro di tutti i casi possibili spetta ai giudici raccogliere le sollecitazioni della società. Il ruolo del legislatore e del giudice differiscono in base al «grado di risoluzione» (p. 23). Il caso, però è interamente costruito dall'interprete che, operando dall'interno del sistema, deve effettuare una serie di opzioni prima di applicare gli atti normativi che ritiene rilevanti per la soluzione. È in questa fase che il principio di entropia applicato all'interpretazione del giudice trova la sua massima espansione. Il processo interpretativo, infatti, si struttura secondo alcune fasi, ciascuna con un grado ineliminabile di discrezionalità. Alla selezione del materiale giuridico su cui fondare la decisione segue lo sviluppo della decisione in base al materiale selezionato fino all'applicazione dei fondamenti astratti della decisione ai fatti in causa. Ma già per la ricerca del materiale su cui fondare la decisione sorgono questioni incidentali: bisogna verificare se un testo sia o meno una fonte del diritto, tenendo conto del fatto che ci sono delle norme che pur non direttamente applicabili al caso entrano per altre vie nella valutazione del giudice (Bin parla del «mondo crepuscolare della c.d. *soft law*», p. 38). Viceversa, può accadere che non tutto ciò che è scritto in una legge abbia per ciò solo efficacia normativa. Dopo aver chiarito che un atto è fonte del diritto è necessario accertarne la vigenza: qui è interessante capire i meccanismi che presiedono al funzionamento della abrogazione implicita, variabili a seconda dei diversi sistemi giuridici. Eventualmente instaurando tra le norme un rapporto tra legge generale e speciale che sia in grado di ricondurle a una coerenza interna senza ricorrere all'abrogazione implicita. Ancora, poi, è necessario accertare che l'atto fonte produca una norma valida, che non confligga con una norma superiore: e anche qui è interessante vedere la differenza tra giudici europei e di *common law*, se non altro per il diverso ruolo che ad essi consegna un sistema accentratore o diffuso di giustizia costituzionale e per la funzione rivestita da canoni interpretativi dai connotati sfuggenti quale l'"interpretazione conforme a ...". Ebbene, da qui emerge una tesi chiave del libro di Bin: per preservare la coerenza interna dell'ordinamento si ri-

⁷ *Ibidem*, p. 19.

schia di attenuare la relazione che lega la norma del caso e il testo cui essa risale. In definitiva, l'interpretazione del giudice segue il principio di entropia: tutte le norme, a prescindere dalla fonte da cui derivano, sono lo strumentario di cui il giudice si serve per decidere i casi a lui sottoposti. Non è possibile risalire alla fonte da cui discende la soluzione del caso perché essa si mescola con altre, irreversibilmente; e «il procedimento che serve a individuare il testo “da applicare” è così intimamente connesso al processo di interpretazione del testo stesso che i due tendono a sovrapporsi» (p. 55). In tal senso, la dworkiniana *one right answer* rappresenta ciò che il giudice deve fare nel quotidiano: dare una e una sola risposta alla controversia, ottemperando in tal modo al divieto di *non liquet*. La struttura delle fonti all'interno di un ordinamento si decompone poiché «l'entropia sfuoca l'informazione sulle fonti e oscura l'originaria gerarchia tra esse».

Sembrerebbero conclusioni pessimistiche, che domandano al lettore una fuoriuscita dall'*impasse*. Sennonché, tutto questo scetticismo sulla discrezionalità del giudice non è condiviso dallo stesso autore nella misura in cui essa si rivela come «parte di un tutto» (p. 69), come carburante che consente alla ruota dei criceti di continuare a girare. E la ruota dei criceti vede il concorso del legislatore e del giudice con compiti diversi, legati al grado di generalità e astrattezza con cui i due poteri si trovano a maneggiare i casi. Ad ogni modo, il giudice, inserito in un sistema istituzionale, riceve un controllo sull'*iter* argomentativo delle proprie decisioni: questo gli consente di «scongiorare il deragliamento ... dai suoi binari» (p. 98).

Se si condivide la parte ricostruttiva, si può passare alla parte problematica. A monte, una domanda sul metodo: mi chiedo se sia possibile condurre al parossismo la similitudine tra il mondo del diritto e quello naturale. Per questo ho risposta negativa. L'approccio “fisicalista” al diritto è stato già messo fortemente in discussione da molta parte della filosofia moderna e contemporanea: una volta sradicato il pregiudizio scienziasta che consegna alle scienze sociali (e dello spirito) il dominio della logica argomentativa e alle scienze naturali (specie alla fisica) quello della logica dimostrativa e sperimentale, tanto la filosofia di derivazione kantiana e idealistica quanto la filosofia analitica di marca husserliana hanno dimostrato che «la scienza e la razionalità del metodo scientifico non possono più fungere da modello per il diritto, ma è il diritto, con le sue procedure decisionali, ad offrire schemi pratici per la scienza, che, come le altre pratiche sociali normative (giuridiche), esige l'individuazione di criteri per giustificare azioni e decisioni»⁸.

Nel merito, poi. Cosa vuol dire che *l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e ne fa parte*? L'assunto si fonda sulla critica al dualismo tra soggetto e oggetto dell'interpretazione presupposta dalla ontologia materialista (di cui l'Ercole di Dworkin sarebbe l'*exemplum*). Ma se lo si accetta, necessariamente ne consegue che non esiste nessuna possibilità di trarre da una disposizione una norma e che gli stessi fatti sociali siano continuamente messi in discussione in un circolo di costruzione e decostruzione che rischia di farsi ricorsivo e di non raggiungere alcunché. Un simile atteggiamento interpretativo,

⁸ Cfr. l'ampia dimostrazione di L. Buffoni, *La filosofia della scienza e lo studio delle fonti del diritto: appunti per una critica del “fisicalismo” giuridico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 14/2014, p. 365 ss.

marcatamente post-moderno⁹, non conduce molto lontano e sicuramente non verso una teoria *prescrittiva* dell'interpretazione (qualora fosse l'obiettivo dell'A.): per giunta comporta altri problemi, in collegamento con le proposizioni successive.

Cosa vuol dire che *tutti i possibili risultati dell'osservazione possono coesistere ed essere egualmente validi*? Sulla scia di quanto appena detto e sul rapporto che questa teoria interpretativa (tendenzialmente postmoderna) intrattiene col concetto di *verità*, credo possa significare due cose: a) ci sono più interpretazioni possibili per il medesimo fatto "bruto"; b) ci sono più interpretazioni possibili delle disposizioni da applicare al caso e, dunque, più risposte possibili per la soluzione di un medesimo caso. C'è da dire però che, se fosse così, il problema sarebbe posto solo in modo parziale perché non si presenterebbe come teoria interpretativa valida per qualsivoglia discrezionalità del giudice: banalmente, il rapporto che le Corti costituzionali intrattengono con i fatti bruti e le disposizioni (legislative, costituzionali, ecc.) è completamente diverso da quello che potrebbero avere i giudici comuni, per giunta con numerose differenze a seconda degli ordinamenti di cui si discute.

Ma anche senza atterrare sul mio consueto tappeto dommatico e volendo accordare alla proposizione un senso minimale, esso comunque non pare molto differente da quanto sostiene, ad esempio, A. Barak¹⁰. A proposito degli *hard cases* e in contrapposizione dialettica alla *one right answer thesis* di Dworkin, egli afferma che «il potere discrezionale del giudice rinvia allora alla facoltà, accordatagli dal diritto, di decidere tra parecchie alternative legittime». Le alternative possono essere riferite a vari elementi: «innanzitutto, ai fatti: la discrezionalità del giudice enuclea da una serie di fatti quelli ritenuti necessari per decidere. In secondo luogo, vi è l'applicazione di una determinata norma: il giudice seleziona, tra i vari metodi di applicazione previsti, quello da lui considerato il più adeguato. Il terzo aspetto relativo alla discrezionalità verte sulla scelta, tra le varie possibilità normative di quella più adatta alle circostanze»¹¹. Ora, Barak è tutt'altro che un filosofo postmoderno: è un ex giudice della Corte suprema di Israele (oggi professore universitario). Nella premessa ci tiene a chiarire che ciò che ha inteso fare col suo libro «è solo di aiutare il giudice a formulare una sua visione giudiziale del mondo»: il suo sforzo è «strettamente personale ben connesso con le ovvie difficoltà che ineriscono al tentativo di costruire una tesi esauriente partendo da una limitata esperienza personale», collocandosi «sul delicato punto di congiunzione tra la norma e la realtà, tra la teoria e la prassi, tra la filosofia dell'aggiudi-

⁹ Come prova estesamente O. Chessa, *Fatti sociali ...*, cit., concludendo che «... è tutto da dimostrare che quello che si dice per i "quanti" sia riferibile pure al diritto, alla politica e agli oggetti sociali in genere. Che non sia possibile determinare la posizione esatta delle particelle subatomiche nel loro movimento vorticoso, che ci sia continuità tra osservatore e osservato, cosicché l'osservatore fa parte del sistema osservato e l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, ecc., non provano – per il solo fatto di essere affermati dalla teoria quantistica – che non è possibile ricondurre le norme alle disposizioni, che il soggetto e l'oggetto dell'interpretazione non siano distinguibili, che il diritto sia tutt'altro che un oggetto sociale conoscibile, che non esistano risposte giuste e sbagliate» (p. 429).

¹⁰ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., spec. p. 16.

¹¹ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit., p. 21.

cazione e l'atto del giudicare»¹². Non solo: Barak ricorda che la discrezionalità del giudice è *comunque* limitata: non bisogna accettarla come una realtà immedicabile ma considerarla come elemento di un sistema circondato da argini di varia natura. Egli individua limiti *procedurali* (coincidente più o meno con la imparzialità del giudice) e *sostanziali*: tra questi ultimi, un ruolo decisivo è svolto dal controllo di *ragionevolezza* della decisione.

Bin, invece, risolve il nodo della discrezionalità facendo appello al concetto di "istituzione" per cui «alcune pratiche di interpretazione, di decisione e di motivazione form[a]no un terreno che accomuna le parti, i giudici e gli studiosi di diritto e che concurr[o]no a delineare anche la funzione del giudice»¹³. In definitiva, il controllo sulla discrezionalità giudiziaria si sposta sulla fase della motivazione, della argomentazione delle decisioni: se vogliamo si tratta di esiti cui sono giunti autori come Alexy, Perelman e già lo stesso Dworkin¹⁴; ma, più in generale, l'assillo del controllo, della giustificazione delle scelte interpretative, della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, della controllabilità e certezza del diritto è τόπος di molta parte della filosofia del diritto contemporanea¹⁵. È anche la medesima risposta che Paolo Grossi dà alle «tre domande inquietanti»¹⁶ (se il giudice *crei* diritto, se la presunta *creazione* del diritto segni la fine della divisione dei poteri; se sia travolta la soggezione del giudice alla legge ai sensi dell'art. 101 co. 2 Cost.) che fanno capolino a chi si faccia carico di affrontare il tema. Ed è, o così mi sembra, la risposta che Bin stesso già dava in *Diritti e argomenti* quando, da un lato ancorava la teoria dei diritti alla teoria dell'argomentazione e, dall'altro, sottolineava che la Corte costituzionale, nella motivazione delle proprie decisioni, intende dialogare con gli «apparati politico-legislativi» e altresì con la «comunità» dei giuristi, che è però una comunità molto frammentata, composta com'è dai giudici, dagli avvocati, dai teorici ecc.»¹⁷.

Quello che mi sembra fondamentale notare è una inversione di rotta "interna" al pen-

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ R. Bin, *A discrezione del giudice ...*, p. 98.

¹⁴ R. Alexy, *Legal Argumentation as Rational Discourse*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, 1993, pp. 165-178; R. Alexy *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano 1998 (trad. it. M. La Torre); C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino 2001, (trad. di C. Schik e M. Mayer da *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris 1958), spec. pp. 122 ss. e 230 ss.; R. Dworkin, *L'impero del diritto*, Milano 1989 (trad. it. di L. Caracciolo di San Vito da *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986).

¹⁵ Basti solo pensare alle riflessioni di L. Gianformaggio quando, a tal proposito, afferma: «quanto più articolata è l'argomentazione e quanto più numerosi sono i passaggi giustificativi che vengono richiesti a chi deve decidere (...) tanto più difficile e rischioso è, per chi ha l'onore e l'onere di dover decidere, barare», anche se questo vale «a condizione (...) che ci siano *controlli istituzionali efficaci* e/o che l'opinione pubblica sia sufficientemente vigile»: cfr. L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, spec. p. 105 (enfasi aggiunta).

¹⁶ Cfr. P. Grossi, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. Trim. di Dir.* 3/2017, 831 ss., spec. p. 842.

¹⁷ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, spec. pp. 144 e 147.

siero di Bin rispetto a quanto scriveva in *L'ultima fortezza*¹⁸. In quella sede, a proposito dell'uso che l'interprete fa della Costituzione, Egli denunciava la prassi di "ipostatizzazione delle norme" attraverso l'accreditamento di consuetudini volte a colmare un preteso *horror vacui* causato dalla *incompletezza e imprecisione* della costituzione medesima¹⁹: in questo modo, la proposta interpretativa di un giudice viene giustificata da elementi extratestuali (consuetudini, costituzione in senso materiale, convenzioni costituzionali, ecc.) che integrano le *disposizioni* costituzionali ma non sono ad essa riconducibili. Per questa via, «l'interprete si ritroverà con una norma costituzionale costruita senza un (...) riferimento testuale, da cui però potrà prendere le mosse per un ulteriore tragitto nel campo dell'interpretazione costituzionale»²⁰: il risultato è la deresponsabilizzazione dell'interprete rispetto alla norma creata da materiali normativi extratestuali ma ricondotti, attraverso collegamenti impervi, alla Costituzione. La deresponsabilizzazione dell'interprete e lo stravolgimento di senso della Costituzione sono i rischi da scongiurare. In questa sede, si denuncia il fatto che «in discipline interessate ai problemi dell'interpretazione, ma non dominate da paradigmi così caratteristici come quelli che presiedono all'interpretazione giuridica, è diffusa la tendenza "decostruzionistica" a rendere assai labili i rapporti semiotici tra autore, testo e interprete, sino al punto di ritenere che l'interprete sia libero di "usare" il testo per trarne quante interpretazioni gli piaccia trarre. È chiaro che un'affermazione così forte non avrebbe cittadinanza nella comunità degli interpreti (neppure in quella sua più ristretta sezione, se mai esistesse, formata dagli interpreti della costituzione) ...». La soluzione offerta passa per un «approccio popperiano alla funzione del testo», ispirato alla proposta teorica avanzata da Umberto Eco²¹: il testo diventa, così, «non fonte di significati univoci, di interpretazioni che possano pretendere per sé l'esclusività, ma piuttosto come elemento di "falsificazione" di teorie interpretative che non reggono la prova della coerenza testuale»²². Ne discende che «le disposizioni costituzionali sono come i picchetti che si appongono per delimitare i terreni e i territori: chi deve tracciare i confini (il limite tra ciò che è costituzionalmente lecito e ciò che non lo è) non può ignorare i picchetti, non può "saltarli"» e dunque che «i picchetti sono stati apposti proprio per segnare punti "non falsificabili" attraverso cui i confini non possono non passare»²³.

Insomma: l'interpretazione giuridica ha dei *paradigmi caratteristici* che la rendono difficilmente accostabile ad altre discipline; la *tendenza decostruzionistica* a confondere autore, testo e interprete non può avere cittadinanza nella comunità dei giuristi; bisogna tornare a valorizzare il testo (della Costituzione) e usarlo come limite negativo che "falsifichi" le cattive interpretazioni.

¹⁸ Cfr. R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

¹⁹ Cfr. R. Bin, *L'ultima fortezza* ..., cit., spec. pp. 49-50.

²⁰ *Ibidem*, p. 54.

²¹ «non per legittimare le buone interpretazioni ma per delegittimare le cattive»: U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 35.

²² Cfr. R. Bin, *L'ultima fortezza* ..., cit., spec. p. 65.

²³ *Ibidem*, p. 67.

Se si accetta questa ricostruzione, non si può disconoscere la differenza irriducibile di punti di vista. Innanzitutto, l'approccio al problema di un eccesso interpretativo (peraltro "deresponsabilizzato" dall'uso della Costituzione in senso materiale e di concetti affini) dei giudici è circoscritto alla sola interpretazione costituzionale, nel contesto dei conflitti di attribuzione: il terreno è ancora dommatico (si parla di Corte costituzionale italiana). Inoltre, la Costituzione ridiventa *oggetto* dell'interpretazione: non si mescola con ciò che l'interprete vuole che sia. La soluzione alla discrezionalità viene trovata nel *testo* costituzionale e nei suoi picchetti: non è, forse, un esempio della ontologia materialista che, oggi, è obiettivo polemico dichiarato in *A discrezione del giudice?* Ancora: la difesa strenua della superiorità del testo costituzionale è un tentativo di recuperare una centralità della Costituzione nel contesto della teoria delle fonti o, almeno, della *source thesis*²⁴?

Cosa vuol dire che *l'osservazione determina ciò che deve essere osservato perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare?* Credo che, se questa affermazione fosse descrittiva di uno stato di cose, genererebbe molti più problemi di quanti, invece, pretenderebbe di risolverne, specie quando il giudice si trova a fronteggiare casi difficili inerenti ai diritti fondamentali. Mi servirò di un esempio, traendolo dai miei studi sul negazionismo e sulla libertà di espressione²⁵. Se in determinati contesti storici i giudici avessero ritenuto di accogliere il punto di vista espresso dal filone del c.d. "negazionismo scientifico"²⁶ o dagli studi di alcuni storici negazionisti avrebbero influenzato, con le proprie decisioni, le sorti delle democrazie contemporanee. Il giudice si serve, nel corso del processo, anche di scienze altre rispetto al diritto: in che modo può discernere la validità degli esiti euristici e tenerne conto nel processo? Di certo non può *decidere di osservare* in modo parziale e distorto la realtà inseguendo una traccia soggettiva e personale. Deve ricostruire i fatti, applicare le norme, procedere al bilanciamento *ad hoc*, argomentare la decisione del caso: ma se questi elementi contenessero una così elevata e pericolosa discrezionalità, probabilmente non sarebbero stati consegnati nelle mani dei giudici. È vero: questi ultimi si muovono ciascuno nel proprio contesto legislativo, notoriamente «a geografia variabile»²⁷, per cui ciascun ordinamento disciplina le fattispecie negazioniste in modo dissimile. Ma è anche vero che i giudici si muovono illuminati da un denominatore comune, una cornice legislativa che certamente non arriverebbe mai a relativizzare o, peggio, a sconfessare *verità* documentali incontestabili. Del resto «non è affatto vero che tutti i percorsi argomentativi si equivalgano, che siano meri strumenti di giustificazione di scelte adottate *a priori*, procedimenti incontrollabili. È vero il contrario (...)»²⁸. Da ultimo, non desta particolare preoccupazione l'idea secondo cui *ogni atto di osservazione costituisce*

²⁴ Sulla *source thesis* come elemento postulato dall'ontologia materialistica, cfr. O. Chessa, *Fatti sociali, verità morali ...*, cit., spec. p. 415.

²⁵ Si veda, volendo, il mio *Il negazionismo dell'Olocausto e la sconfitta del diritto penale*, in *Quad. cost.* 4/2013, p. 879 ss.

²⁶ Cfr. almeno V. Pisanty, *L'irritante questione delle camere a gas: logica del negazionismo*, Milano 2012.

²⁷ Così E. Fronza, voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali, VIII, 2015, p. 642 ss.

²⁸ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., spec. p. 55.

un processo irreversibile: condivido appieno l’idea per cui una decisione è un precedente di cui è indispensabile tenere conto nelle decisioni successive su casi analoghi, anche se con sfumature e grado di vincolatività diversi nei vari ordinamenti.

3. *Per finire (non concludendo)*.

Anche se, come è emerso, il percorso argomentativo interno e la metafora quantistica non mi convincono del tutto, trovo che la risposta fornita nel testo sia, invece, l’unica possibile. La discrezionalità del giudice viene limitata se l’intero sistema istituzionale funziona correttamente; come già ebbe modo di affermare John Marshall «judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or, in other words, to the will of the law»²⁹.

Il controllo istituzionale dell’operato del giudice, tuttavia, richiede, a mio avviso, che il discorso scenda dalla teoria generale ai contesti ordinamentali in cui i giudici si trovano a operare perché, constatata la presenza ineliminabile della discrezionalità, è diverso il modo in cui il giudice entra in contatto con il materiale normativo e assume decisioni – ad esempio – sui diritti fondamentali. Del resto, sul tema dei diritti, questa conclusione mi sembra il risvolto naturale di alcune idee espresse di recente quando, a proposito della c.d. internazionalizzazione dei diritti umani, si spiega come, in realtà, la loro *effettività* sia garantita (più che dalle Corti internazionali) dai giudici nazionali che «ricorrono ai diritti umani riconosciuti in ambito internazionale nel tentativo di cambiare i paradigmi consolidati nell’ordinamento interno, siano essi connessi alle scelte politiche che hanno portato alla configurazione legislativa dei diritti, siano invece le premesse dell’interpretazione delle disposizioni vigenti»³⁰: tutto sembra, in effetti, fuorché un processo in cui soggetto e oggetto si confondono entropicamente e, dalla selva dei combinati disposti, elaborano norme dando vita a decisioni ispirate alla potenzialità e alla probabilità.

²⁹ Cfr. *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. 738, 866 (1824).

³⁰ In R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano 2018, spec. p. 145.