

ROBERTO BIN

Del volare basso, al di sotto del fuoco nemico

ABSTRACT

Altogether, my critics argue against theses I have not endorsed. My replies are intended to clarify the actual goals of my research and the narrower horizon of my theses.

Nel complesso, i miei critici contestano tesi che io non ho sostenuto. Le mie repliche mirano a chiarire gli scopi effettivi della mia ricerca e i più ristretti orizzonti delle mie tesi.

KEYWORDS

legal interpretation, legal powers, legal practice

interpretazione giuridica, poteri giuridici, pratica giuridica

ROBERTO BIN*

Del volare basso, al di sotto del fuoco nemico

Non so se il mio libricino meriti davvero l'attenzione che gli amici hanno voluto dedicarvi, o se semplicemente sia stata la scusa per elaborare pensieri che vanno molto al di là del recinto in cui il mio scritto intendeva trattarsi. In effetti, molte delle osservazioni lussuosamente argomentate da Buffoni e Chessa non mi sembrano legate a ciò che il mio lavoro dice e vuole sostenere. Il mio proposito era di "volare basso" per toccare alcuni aspetti della pratica giuridica: le critiche che mi sono rivolte fanno salire il discorso molto più in su dei miei obiettivi e forse i colpi ricadono molto oltre le mie linee.

L'obiettivo del mio lavoro non voleva essere la contestazione della *source thesis* e della teoria generale del diritto che essa incarna (come mi rimprovera Chessa in apertura), né della teoria kelseniana (come mi rimprovera Buffoni); non pretendeva di sostenere l'accusa contro il (preteso) determinismo di Kelsen né tanto meno di «prescrivere teorie dell'interpretazione giuridica» o «postulare premesse fisiche per spiegare il fenomeno giuridico» (ancora Buffoni); né infine intendeva sfociare (come invece Chessa e Buffoni concordano) in conclusioni nietzschiane per

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Ferrara. E-mail: bnb@unife.it

cui «non ci sono fatti, ma solo interpretazioni» (frase che non ho mai usato né accetterei di sottoscrivere).

Ogni libro è un atto retorico e, come tale, si sceglie un proprio uditorio. Il mio non è formato dai teorici del diritto quanto piuttosto da un pubblico di “pratici” (vi includo larghissima parte dei miei colleghi costituzionalisti) impegnati in problemi che però hanno indubbiamente uno sfondo teorico importante. Ed è contro alcuni luoghi comuni della pratica giuridica che indirizza i suoi strali polemici. Non c'è nessuna contestazione di Kelsen, che trovo rappresentare un faro nella prospettiva in cui si muove; né una contestazione a Dworkin, i cui scritti – lo ammetto – mi affascinano molto meno. Il mio bersaglio critico sono alcune ricorrenti affermazioni (o presupposizioni) attorno alla gestione dei principi costituzionali e all’“applicazione” del diritto. Alcune di queste affermazioni – come avverto nell’*Introduzione* – si basano sulla «semplificazione corrente del pensiero di Kelsen», fraintendimenti che in me hanno sempre provocato un certo fastidio e che certo non condivido. Questo vale anzitutto per l'accusa di determinismo, che, se rivolta a Kelsen, mi pare altrettanto fuori luogo di quella – assai frequente sino a qualche decina d'anni fa – di “freddo e vuoto formalismo”.

Ciò però non toglie che, dal punto di vista della teoria kelseniana, le fonti del diritto siano un sistema “dato”, da sottoporre all'attenzione dell'interprete. Così come lo è anche agli occhi dell'Hercules di Dworkin, del quale non mi colpisce il “determinismo” (che certo Laplace professava) ma la “datità” del dato giuridico. Perché è esattamente questo il punto su cui il mio scritto vorrebbe richiamare l'attenzione, perché mi sembra un profilo piuttosto ignorato dalla teoria. Come anticipo già nell’*Introduzione*, nel processo di interpretazione e di applicazione del diritto sembra sempre che l'interprete «abbia a che fare con “cose” che esistono a prescindere dal suo intervento». Da qui la grande attenzione comunemente dedicata alla teoria e ai metodi

dell'interpretazione, così come alla teoria dell'argomentazione: mentre la "sovrapposizione tra soggetto e oggetto", che è la principale metafora che tolgo dall'epistemologia della meccanica quantistica, porta appunto a sfatare l'"ontologia materialistica" che mi sembra troppo criticamente accettata come ambiente epistemologico in cui l'"interprete" agisce.

Il mio scopo non è esplorare il processo di interpretazione, ma l'involucro istituzionale in cui esso si svolge e guida o giustifica il processo di "applicazione" del diritto al caso concreto, quando questo presenta rilevanti aspetti di novità. Quello che a me interessa non è il processo di interpretazione come fenomeno linguistico o cognitivo: mi interessa il suo aspetto di *potere* e le strategie di giustificazione del suo impiego. E mi colpiscono i tentativi di mascherare il suo esercizio attraverso schermi che servono a "oggettivizzare" le operazioni compiute e deresponsabilizzare l'operatore. Si pensi all'uso di figure come la *consuetudine costituzionale*, le *convenzioni* o la *costituzione materiale*, così come gli appelli alla normatività del fattuale e l'insistito richiamo alla *soft law* – tutte figure di transito illecito dal mondo dei (supposti) fatti a quello delle norme (di livello costituzionale o addirittura super-costituzionale). Ma il riferimento può valere anche per alcune strategie più frequenti e criptate, che esaminino cercando di vederle *in action* sia nel sistema giuridico a noi vicino che in quello di *common law*.

L'oggetto del mio interesse, dunque, è il *potere* che gli interpreti esercitano sugli stessi testi che assumono ad oggetto della loro opera. Questo potere è esercitato in nome della assoluta fedeltà al "testo di legge", come prescrive l'art. 101.2 della Costituzione: ed è esercitato molto più comunemente di quanto si pensi. È vero, l'attenzione di tutti (ed anche mia) è attratta soprattutto dagli *hard cases*, in cui la lontananza del testo dal caso sembra aprire praterie sconfinite all'argomentazione per principi (contro cui – sia ben chiaro – non ho nulla da obiettare): quindi è soprattutto sul

ruolo delle Corti supreme che l'attenzione critica si appunta. Ma fenomeni come quello dell'*implied repeal* o dell'*interpretazione conforme* sono ben noti al lavoro giornaliero di tutti gli interpreti. E meritano attenzione, anche sotto il profilo teorico e teoretico.

L'immagine che se ne può ricavare, e che mi sembra che certi assunti dell'epistemologia quantistica bene rappresentino, è di una forte sovrapposizione tra l'interprete e l'"interpretato" e di un'attività dell'interprete che costituisce un processo entropico in cui i legami tra l'*input* (i "dati") e l'*output* (la applicazione del "dato" normativo al caso) sono estremamente allentati e difficilmente ricostruibili (salvo che per Hercules, s'intende). L'entropia non la utilizzo per introdurre posizioni scettiche di teoria dell'interpretazione, ma per svelare meccanismi del tutto "indeterminati" di decisione, la perdita di tracciabilità delle conclusioni rispetto alle premesse. La mia critica è rivolta anche ai tentativi di mostrare la "determinazione" dei risultati dei processi interpretativi attraverso le strategie più consuete, la teoria delle fonti e quella dell'argomentazione. A me sembra che questi – che pur rappresentano campi fertili e interessanti di studio teorico – possono aiutare ma mai risolvere il problema della "applicazione" del diritto, soprattutto in situazioni difficili. Lì quello che opera è invece il contesto istituzionale, ossia proprio le regole sull'esercizio del potere. O almeno questa è la conclusione a cui arrivo.

Siccome è evidente che un potere è esercitato, molti vorrebbero negarne la legittimità, riportando la giurisprudenza in posizione subalterna alla politica legislativa: facendo finta di non accorgersi che così verrebbero compromessi i diritti che gli individui rivendicano di fronte al giudice proprio perché gli apparati politico-legislativi non sono affatto disponibili a fornire ai diritti una protezione equivalente. Né potrebbero farlo anche nella più felice delle ipotesi, perché la risposta legislativa alla domanda di tutela dei

diritti e quella giurisdizionale sono strutturalmente e istituzionalmente diverse (come si vede «la tesi che il diritto sia (solo) “interpretazione”»), che giustamente Chessa ritiene insoddisfacente, non mi appartiene affatto). Proprio perché si è persa di vista la centralità del contesto istituzionale che ingabbia l'uso del potere dei giudici, si scivola talvolta nella confusione tra il ruolo del giudice e le modalità di esercizio della giurisdizione, da un lato, e il ruolo del legislatore e il suo modo di operare, dall'altro. Ma, rifiutando di accettare i vistosi cortocircuiti che generano le prospettive di *political constitutionalism*, non è sul versante della teoria delle fonti o della teoria dell'interpretazione che conviene cercare risposte. Essendo un problema di potere, è alle regole di esercizio del potere che va rivolta l'attenzione: le regole processuali, il formalismo dell'enunciazione della questione, l'obbligo del giudice di fare sempre riferimento agli atti del potere legislativo, il principio della domanda e quello di corrispondenza tra richiesto e pronunciato, l'onere della motivazione, il divieto di *non liquet* e così via.

Come si vede in tutto ciò non c'è alcuna tentazione di applicare gli insegnamenti della fisica (quantistica o di altro tipo) al lavoro del giurista, né alcuna idea della “superiorità” di quella scienza sul diritto. Non mi sembrano critiche pertinenti e vorrei chiamare a mia difesa Tommaso Gazzolo, che sembra aver colto con precisione il senso del mio richiamo alla epistemologia quantistica. Come egli sottolinea, il mio primo termine «non è la fisica, ma la sua *teoria* o le sue *metafore*. Ossia: non la *pratica scientifica* che va sotto il nome di fisica (o fisica quantistica), ma le *rappresentazioni* che di quella pratica si fanno i suoi operatori, i fisici». Non c'è nel mio scritto alcuna «proposta “fisicalista”» destinata a cadere sul rasoio di Ockham, e tanto meno c'è l'invito a «mutare il metodo interpretativo dalla fisica quando gli stessi fisici costruiscono *discorsivamente* le proprie teorie» (Buffoni). Quello che a me sembra invece da segnalare è

che la tentazione di tanti giuristi e teorici del diritto di rendere “oggettivi” e non controvertibili i frutti del loro lavoro interpretativo praticano una via verso una meta impossibile, quella stessa da cui si sono allontanati, procedendo in senso opposto sulla stessa via, proprio coloro che si occupano della più “oggettiva” delle scienze, la fisica. Proprio perché «gli stessi fisici costruiscono *discorsivamente* le proprie teorie» a me sembra interessante capire per quali intuizioni epistemologiche questo processo si è avviato. Per farlo, “prendo a prestito” non un supposto metodo scientifico che avrei desunto dalla fisica (materia che non conosco affatto), ma alcune metafore che sono state usate da alcuni scienziati per spiegare il modo in cui la loro ricerca affronta il suo compito. “Metafore”, come giustamente sottolinea Gazzolo, che possono (e forse dovrebbero) avvicinare il modo con cui il fisico e il giurista guardano all’oggetto dei propri studi: avvicinare però non sul piano metodologico, ma su quello epistemologico – ben sapendo che anche su questo piano la discorsività giuridica non è affatto assente (almeno quando l’epistemologia assume una qualche carica prescrittiva).

Gazzolo percepisce con chiarezza anche quale sia il punto più equivoco del mio scritto, quello del rapporto tra *testo* e *norma*: perché nel mio scritto «non c’è modo di uscire dal *testo*, dai *testi* [...]. Si è sempre nei testi, nelle procedure di trasformazione di un testo in un altro». Questo è vero, l’argomento avrebbe dovuto ottenere ben altro approfondimento. A mia giustificazione posso solo ribadire che la mia attenzione non era volta ai profili linguistici o semiotici, ma – ancora una volta – a quelli relativi al *potere*. In uno scritto piuttosto lontano¹ avevo insistito su questo aspetto: la

¹ R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*

disposizione – il testo – è il frutto di un atto di potere, di legislazione, mentre la *norma* è il frutto di un atto retorico – oggi forse direi “atto di pensiero”. Però la stessa norma esce dal mondo dei *pensieri* ed entra in quello delle *cose* – mantengo la criticabilissima distinzione che ho usato nel mio libro – attraverso un *atto di potere*: il quale non è la “sentenza”, o meglio, non tutta la sentenza, ma il suo *dispositivo*. “Disposizione” e “dispositivo” – due termini tecnici che condividono la medesima radice etimologica – sembrano chiudere, con un *atto di potere* che s’incarna in un *testo*, i rispettivi tragitti procedurali, densamente normati, attraverso i quali il potere di cui sono espressione acquista legittimazione. Anche il dispositivo è un testo che può formare la premessa di un successivo processo di interpretazione/applicazione – premessa il cui valore può essere diversamente regolato dall’ordinamento (vale come precedente a certe condizioni, ma ha valore costitutivo in altre). Il processo entropico si apre e si chiude, dunque, con un atto di potere. E questo è il fulcro attorno cui ruota il mio ragionamento, senza altre ambizioni.

di merito, in ANZON A., CARAVITA B., LUCIANI M., VOLPI M. (eds.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1993, 8 ss.