RECENSIONE A ROBERTO BIN, *CRITICA DELLA TEORIA DELLE FONTI*,
MILANO, FRANCOANGELI, 2021*

GIOVANNI SERGES**

* Contributo non sottoposto a referaggio.

** già Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "Roma Tre".
Contatto: giovanni.serges@uniroma3.it

La quiete forzata imposta dalla pandemia ha consentito di ritrovare quei momenti di serena meditazione che costituiscono il terreno fertile per chi alla ricerca ha dedicato l'impegno di una vita. Al tempo stesso, l'emergenza pandemica ha provocato una autentica "scossa sismica" negli atti dei pubblici poteri, con il confuso sovrapporsi di atti di varia natura, che ha messo a nudo, in maniera ancor più evidente, la debolezza delle coordinate teoriche sulle quali poggia attualmente la produzione del diritto. Una debolezza con radici lontane dalla quale discende la difficoltà, se non addirittura l'impossibilità, di parlare delle fonti del diritto in termini di un "sistema" coerente e compiuto. Sono queste le due condizioni – come l'Autore precisa nella prefazione – ad averlo spinto a ritornare ad indagare intorno al tema delle fonti del diritto, a raccogliere quello che Egli definisce un autentico "compito imperativo", ossia la possibile ricostruzione delle fonti in sistema dinanzi ad una realtà divenuta talmente complessa ed estesa da rendere difficile la stessa identificazione dei confini della materia. Che le fonti si pongano al crocevia del diritto costituzionale è osservazione risalente in ragione della molteplicità dei collegamenti tra produzione normativa e distribuzione del potere. Le fonti sono lo specchio della forma di governo e, in una certa misura, della forma di Stato, si trovano in rapporto stretto con il potere giudiziario nel momento dell'applicazione e interpretazione, assumono decisivo rilievo nella concreta configurazione e realizzazione del sistema dei diritti. Ma il compito imperativo che Bin raccoglie in questo suo lavoro vuole essere altro, vuole guardare alle fonti da un angolo prospettico del tutto diverso dalle consuete trattazioni; un angolo che implica una revisione critica delle concezioni dogmatiche che si sono affermate, sia nei contributi della dottrina sia in quelli della giurisprudenza, una analisi delle ideologie e dei condizionamenti che fanno da sfondo a siffatte concezioni per giungere a proporre una possibile dogmatica delle fonti capace oggi di orientare il giurista. Colpisce, in primo luogo, uno sforzo di non comune chiarezza. Bin descrive in apertura il percorso che intende compiere, disegnandone i tratti essenziali e soffermandosi sinteticamente sugli snodi più rilevanti dell'indagine. Emerge così, da subito, una doppia prospettiva: quella "macroscopica" che si muove nell'ottica di cogliere, in primo luogo, le ragioni della crisi della legge, e quella microscopica rivolta, potrebbe dirsi, in basso verso il momento dell'applicazione e dell'interpretazione, considerati come mondi solo apparentemente separati dal momento della produzione. L'esplorazione prosegue nei difficili ed impervi territori delle zone grigie della produzione legislativa, quando questa si intreccia con forme di produzione del diritto assai distanti dai meccanismi di garanzia procedurale previsti dalla Costituzione per poi "risalire" verso quello che oggi appare forse l'aspetto più delicato e complesso, nonostante gli assestamenti fin oggi ricevuti: il rapporto con la CEDU e con il diritto UE. Una tappa, questa, sulla quale l'Autore si sofferma a lungo, in un serrato confronto

critico con posizioni di dottrina, acquisizioni giurisprudenziali e ideologie che fanno da sfondo. Infine il percorso si conclude - riprendendo, con una lunga riflessione che passa attraverso la complessa tematica della normatività del fatto - la questione della possibilità di ascrivere anche l'interpretazione alle fonti del diritto. Alla fine del volume si ritrova poi un sintetico ma efficace quadro nel quale vengono illustrate le tesi conclusive dell'intero lavoro con il chiaro intento, non solo di agevolare la stessa lettura, ma anche di chiarire il pensiero rispetto a passaggi in cui lo scavo in profondità richiesto dalla complessità del problema affrontato rischiava, forse, di rendere più difficile l'individuazione del nucleo centrale della soluzione proposta. Un metodo di esposizione in qualche misura inconsueto, ma di grande efficacia, a mio avviso, perché attraverso questa tecnica un lavoro che, per la sua densità, è fatalmente destinato agli studiosi, si apre efficacemente ad una possibilità di utilizzazione nella sede didattica come strumento di integrazione al ragionamento critico anche per gli studenti. Proprio la densità delle pagine che compongono il volume, ad una con la complessità dei temi trattati, rendono difficile fornirne un quadro d'insieme o ripercorrere i suoi passaggi più rilevanti; d'altra parte, una simile operazione, per le ragioni che si sono dette, si rivelerebbe, in larga misura, del tutto inutile dinanzi al quadro sintetico che è lo stesso Autore ad offrire. Mi limiterò, pertanto a qualche riflessione sparsa su taluni degli aspetti dell'indagine che maggiormente hanno destato il mio interesse. Roberto Bin muove, efficacemente, da un caso concreto, certamente emblematico, per dimostrare che la teoria delle fonti è una esigenza primaria dalla quale un ordinamento non può prescindere. Si tratta di un atto di autonomia privata (un codice di autoregolamentazione) di un'associazione di categoria che, previsto da una legge, finisce per essere riconosciuto come fonte e, dunque, come atto vincolante e produttivo di obblighi. Si dimostra così, plasticamente, dinanzi a quella che appare in larga misura una forzatura della giurisprudenza (nel caso in specie della Cassazione), la debolezza della attuale teoria delle fonti. La previsione legislativa che attiva il potere di auto disciplina sembra far salvo l'aspetto formale, sembra mettere al riparo la tenuta dello schema, mentre la vera disciplina che impone anche al giudice l'osservanza risiede poi in un atto sostanzialmente di autonomia privata, il quale finisce così, pur privo di ogni legittimazione politica, per riflettersi anche sul vincolo di soggezione dei giudici alla legge (*rectius* al diritto) incidendo altresì sull'equilibrio tra i poteri disegnato dalla Costituzione.

Il tentativo di rilettura dogmatica delle fonti si sviluppa muovendo da una analisi di alcuni punti chiave tra i quali spicca, in primo luogo, il tema della tenuta dell'idea che il sistema delle fonti debba essere un sistema chiuso, una tenuta che oggi appare fortemente compromessa dalla proliferazione di atti di varia natura che rendono difficile identificare e circoscrivere con sufficiente precisione un concetto definito di fonte. La posizione dell'Autore su questo

punto è netta: “le fonti del diritto – non solo quelle primarie, ma anche quelle secondarie – devono essere un sistema chiuso” (così, pag. 91). A queste conclusioni Egli giunge attraverso un rigoroso percorso che muove dapprima dalla riflessione intorno ad un punto ritenuto cruciale e condizionante per una corretta impostazione dell’intera tematica delle fonti, ossia la distinzione tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione, tra ciò che è prodotto dell’attività di scelta dell’organo politico-rappresentativo, detentore del potere di produrre diritto, e ciò che, invece, è prodotto dell’attività di interpretazione-applicazione. Una distinzione che si scontra con la grande difficoltà di separare i due mondi con un taglio netto, ma che, al tempo tesso, è ritenuta imprescindibile. Bin muove dalla tradizionale distinzione tra disposizione e norma, ma ne sottolinea anche i rischi, perché se è vero che nell’ordinamento si presentano inevitabilmente casi in cui la disposizione scritta, l’atto formale del legislatore, non ha efficacia normativa, ben diversa è l’ipotesi in cui sia il giudice ad operare la selezione della fonte, a “scegliere”, per così dire, la disposizione dalla quale ricavare la norma da applicare. Il rischio insito in simili operazioni è quello della perdita di senso della distinzione tra poteri e della compromissione del principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge. La crisi delle fonti è, dunque, riflesso della crisi dei poteri, una crisi rispetto alla quale la reazione può essere trovata solo posizionando (o, per meglio dire, riposizionando) “il testo della Costituzione al centro della rilettura dogmatica delle fonti e dei poteri” (così, pag. 61).

Ma vi è poi un altro profilo dal quale emerge, forse con maggiore evidenza, quella “confusione” tra poteri che sta dietro alla crisi della produzione normativa. Qui non entra in gioco la tematica della conversione della teoria delle fonti in teoria dell’interpretazione che l’autore critica duramente intravedendovi, come si è detto, il rischio che, accettandola, il potere normativo si sposti dal legislatore al giudice, alterando la rigorosa impostazione costituzionale cristallizzata nel primo comma dell’art. 101 Cost. È, piuttosto, una diversa dilatazione di altri poteri che spinge l’Autore a volgere lo sguardo verso una pluralità di fenomeni. Si tratta dei meccanismi di produzione normativa, definiti dall’Autore come “strutturalmente accoppiati” (pag. 67) con il sistema delle fonti e che costituiscono problematiche zone d’ombra, ossia aree nelle quali affiorano atti che si inseriscono di fatto (o tentano di inserirsi) nel sistema delle fonti contribuendo a sfumarne i contorni. Il filo rosso che riannoda questa congerie di fenomeni, peraltro tra di loro non omogenei, è ancora una volta individuato nell’alterazione e dilatazione di poteri che, pur estranei al circuito della rappresentanza, finiscono per inserirsi nella produzione del diritto. L’orizzonte di questa analisi spazia dall’anomalo ruolo delle circolari amministrative (specie di tipo interpretativo), di fatto trasformate da prodotti del potere burocratico in fonti vincolanti per i destinatari e la cui proliferazione è, in larga misura,

frutto della pessima qualità della legislazione, alla deformazione del potere regolamentare del Governo, simboleggiata ora dall'avallo legislativo alla proliferazione dei "decreti di natura non regolamentare", ora dalla ben nota e diffusa prassi del ricorso ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dietro i quali si "nascondono" atti regolamentari che sfuggono alle regole procedurali proprie dell'atto-fonte "regolamento". Il potere politico-amministrativo si espande così (il più delle volte con l'appoggio pieno del legislatore parlamentare) e pretende, riuscendovi, di produrre diritto fuori dalle procedure dettate dalle norme di riconoscimento, approfittando, potrebbe dirsi, della debolezza dell'attuale dogmatica delle fonti. La penetrante analisi di Bin prosegue poi su altri fronti con il pregio di individuare efficacemente i punti di contatto tra fenomeni tra loro profondamente diversi (l'atto politico, gli atti delle autorità indipendenti, i codici di autoregolamentazione ecc..) e ponendo l'accento sulla circostanza che la porosità del sistema delle fonti si coglie non solo rispetto al potere politico-amministrativo ma anche rispetto al sistema sociale, anch'esso incline ad occupare spazi di normatività in assenza di un confine preciso, di un argine definito tra ciò che può essere fonte e ciò non può produrre diritto.

L'analisi si sposta poi su un versante del tutto diverso ma non meno problematico, ossia sui rapporti con l'ordinamento internazionale e con quello sovranazionale europeo. Si tratta, ovviamente, di un punto cruciale nella prospettazione di una dogmatica delle fonti per la evidente ragione che qui la produzione del diritto – di un diritto che pretende di imporsi a livello delle fonti primarie – non è conseguenza di poteri espressamente attribuiti dal diritto interno (dalla Costituzione direttamente o dallo stesso legislatore) quanto piuttosto di fenomeni che, pur trovando fondamento nella Costituzione (il rispetto degli obblighi internazionali, le limitazioni di sovranità) si sono imposti come effetto di scelte operate nel tempo dal legislatore. L'adesione alla CEDU, l'adesione all'Unione Europea sono frutto di scelte politiche che, nel momento in cui furono operate, non consentivano di avere consapevolezza piena dell'autentico "terremoto" che esse avrebbero provocato sul piano della produzione normativa.

L'indagine sulle ideologie che fanno da sfondo a queste scelte e sugli sviluppi che si sono prodotti nell'ordinamento occupa la parte centrale del volume nella quale l'Autore mette a nudo le grandi difficoltà di tenuta del sistema delle fonti di fronte alla complessità di questi fenomeni. Le critiche più penetranti sono rivolte, da una parte, alla giurisprudenza della Corte EDU, specie laddove quest'ultima, sullo sfondo della strisciante trasformazione della funzione della Convenzione europea in vera e propria costituzione, opera impropri bilanciamenti di interessi; dall'altra, alla posizione della Corte di Lussemburgo, soprattutto dove essa tenta di forzare il ruolo della primazia del diritto europeo, con operazione che finiscono per scardinare i meccanismi di

distribuzione interna dei poteri tra legislatore, giudice delle leggi e giudice comune. In entrambi i casi, Bin vede nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana – sia rispetto al diritto convenzionale, sia a quello dell’Unione – una posizione capace di costituire un efficace argine alle spinte, per così dire, “disgregazioniste” provenienti dall’esterno. Un assetto delle fonti ancora coerente con l’impianto complessivo della Costituzione può dunque recuperarsi ed, in questo senso, - precisa l’Autore – “l’impegno della Corte costituzionale nel cercare di chiarire il quadro dogmatico” (pag. 179) può ritenersi lodevole.

L’ultima parte del lavoro è dedicata ad un ulteriore profilo entro il quale si manifestano le difficoltà di tenuta del sistema delle fonti, ossia quello dei “fatti normativi”, che l’Autore esamina sotto un duplice aspetto: quello, per così dire, più classico, del ruolo delle consuetudini che incidono sulla dinamica della forma di governo, e quello della asserita “normatività” della scienza. Si tratta di questioni diverse alle quali l’Autore guarda, potremmo dire, con molto sospetto.

Le perplessità intorno alle “consuetudini costituzionali” discendono soprattutto dal rischio che Bin intravede nel rapporto tra eccessiva dilatazione dell’area di incidenza del diritto consuetudinario e la correlativa contrazione e riduzione del tasso di elasticità del tessuto normativo costituzionale. L’assenza di adeguata elasticità della Costituzione porta inevitabilmente ad un suo eccessivo irrigidimento e, conseguentemente, alla perdita della capacità di adattamento ai mutamenti.

Quanto alla questione della scienza, se è vero che “diritto e scienza hanno scoperto adiacenze una volta non sospettabili” (pag. 199), assumere come un dato accettabile la normatività del fattuale significa alimentare un equivoco “causato dall’entropia e dalla confusione che essa genera negli ingredienti di cui si impasta l’interpretazione giuridica” (p. 198). L’inquinamento delle coordinate teoriche del sistema delle fonti, che discende dalla prospettiva di attribuire un qualche ruolo normativo alla scienza, si manifesta allora – se ho ben compreso il pensiero dell’Autore - sotto due aspetti. I risultati scientifici si imporrebbero sulla discrezionalità del legislatore in qualche misura circoscrivendola e, al tempo stesso, finirebbero per dilatare eccessivamente la funzione interpretativa del giudice, spostando sul potere giurisdizionale scelte che dovrebbero spettare in via esclusiva alla decisione politica.

Ed è proprio con una riflessione sulla interpretazione giudiziale, sulla antica questione della giurisprudenza come fonte del diritto, che lo studio si chiude disvelando, ancor meglio, proprio in queste ultime pagine, il tratto caratterizzante dell’intero percorso. Bin non nega, ovviamente, che il giudice concorra alla creazione del diritto, ma la collocazione della decisione giudiziale nell’ambito del sistema delle fonti viene respinta perché l’interpretazione giuridica è legata al testo e la soggezione alla legge di cui parla la Costituzione è in primo

luogo applicazione oggettiva del diritto. Vengono così aspramente criticate soprattutto quelle operazioni interpretative giurisprudenziali che, muovendosi nella prospettiva del principio della tutela più intensa dei diritti, sono considerate dall'Autore come decisamente esterne al perimetro che l'ordinamento costituzionale individua per la funzione giurisdizionale. Si tratta di una prospettiva che lo stesso Autore definisce minimalista e, che in qualche misura, semplifica le complesse questioni dell'interpretazione, nella rassicurante prospettiva di un ritorno al "testo" della disposizione quale soluzione per impostare correttamente la questione della giurisprudenza come fonte. In altri termini, la soluzione proposta sotto questo aspetto appare in larga misura poco convincente e lascia perplessi. Ma il punto non è questo.

Io credo che queste ultime notazioni, pur non convincenti nella loro rigidità, facciano emergere meglio il pregio maggiore del grande sforzo di costruzione dogmatica che percorre l'intera opera e che risiede, a mio avviso, nella ricerca di un punto di equilibrio tra spinte contrapposte. Nel magmatico affermarsi nell'esperienza concreta di poteri che, come in una struttura carsica, mirano a guadagnare spazi di produzione normativa e ad imporsi al fuori dai vincoli costituzionali, il richiamo costante che Roberto Bin rivolge per un ritorno alla Costituzione come guida nella costruzione di una plausibile dogmatica del sistema delle fonti è, invero, un richiamo alla ricerca di soluzioni equilibrate. Soluzioni che tengano conto della realtà, ma che ad essa non si pieghino per conservare, a loro volta, quell'equilibrio dei poteri che è alla base dello stato costituzionale di diritto. L'opera di Bin non descrive il sistema delle fonti, come avviene in molte delle trattazioni di stampo manualistico, ma non è neanche rivolta solo a indicare come il sistema debba funzionare. La prospettazione di una dogmatica è, in realtà, costruita attraverso una indagine critica del rapporto tra modello e deformazioni del sistema e trova, proprio nella individuazione dei punti critici di ciascuno dei tanti profili trattati, il piedistallo su cui ri-costruire un sistema di produzione del diritto che riesca a reggersi in armonia con l'impianto costituzionale.

Tutt'altro che un "libretto" (così lo definisce l'Autore nella prefazione), dunque, bensì uno studio destinato a trovare posto a fianco delle trattazioni sulle fonti della grande tradizione costituzionalistica italiana.