

Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico - Orlando *reloaded*

Trento, 12-13 dicembre 2019

Roberto Bin – Conclusioni

Per due giorni mi sono chiesto perché mai io sia stato invitato a trarre le conclusioni di questo Convegno, assieme a Maurizio Fioravanti. Al contrario di Maurizio, io di Vittorio Emanuele Orlando ne sapevo ben poco, lo confesso: ne avevo letto i discorsi alla costituente e poi giusto quel tanto che basta per condire i propri iscritti con qualche citazione colta. Trovare tanta vivacità nel dibattito di questi giorni perciò mi ha sorpreso: un dibattito molto interessante e persino divertente.

Difficilmente nella mia comunità di costituzionalisti si discute così vivacemente di questioni di metodo. La nostra disciplina è forse troppo frantumata, vive piuttosto di discussioni dislocate in zone periferiche che di dibattiti concentrati su problemi metodologici comuni: si discute di diritto dell'economia, di diritto europeo, di diritto regionale, di teoria dell'interpretazione, dei tanti diritti e delle tante corti dei diritti, di diritto parlamentare, di diritto delle tecnologie e di biodiritto... tutti temi pressanti, che non lasciano il tempo per discutere sul metodo della propria disciplina, così come si è discusso in questi giorni prendendo le mosse da Vittorio Emanuele Orlando.

Confesso, non ho le competenze di Maurizio Fioravanti per trarre le conclusioni di questo dibattito parlando del pensiero di Vittorio Emanuele Orlando; né è pensabile che io riassuma i temi che qui si sono trattati. Interpretèrò il mio compito come quello di chi, nelle vecchie sale cinematografiche, è chiamato, conclusa la proiezione, a rimettere a posto le pellicole e risistemare le pizze, ognuna con la sua etichetta. Ecco il compito che mi sono assegnato, rimettere a posto alcune etichette sui supporti di Orlando *reloaded*.

Quali etichette si possono usare per Orlando? Ce ne sono almeno tre che riassumono prospettive che in questi giorni sono state rievocate: etichette impiegate senza nascondere la carica assiologica negativa che normalmente le connota: formalismo, statalismo, separatismo - separatismo del diritto rispetto alle altre discipline. Vorrei riflettere su queste etichette, cedendo alla tentazione di applicarle a me stesso. Più che di Orlando, pertanto, vi parlerò di me: tema

sicuramente meno interessante, ma che conosco molto meglio! Il fatto è che mi riconosco in ciascuna di esse, come chiave riassuntiva del metodo del giurista. Per cui questa mia conclusione rischierà di essere una confessione sul tavolo dello psicanalista. Per essere più chiaro, difenderò ciò che queste tre etichette denotano sul piano del metodo, demistificando la carica assiologica negativa che generalmente le accompagna. A me sembra che ognuna di esse colga un punto essenziale del *dover essere* dell'opera del giurista.

«Formalismo» è la prima etichetta che viene spesso attaccata all'opera di Orlando. Milioni di pagine sono state scritte sul formalismo nella scienza giuridica: ma a me preme sviluppare un solo tema, limitato ma enorme: quale sia lo specifico compito del giurista.

Non credo che il giurista debba collocarsi sul piano su cui operano altre discipline, come l'economia, la scienza della politica, la filosofia eccetera. Il compito del giurista è elaborare schemi teorici in cui organizzare i dati della realtà con uno scopo che le altre discipline non hanno: quello di qualificare i fenomeni secondo lo schema legittimo/illegittimo. Il che significa che il giurista la realtà la deve conoscere, e quindi deve usufruire dell'opera dell'economista o dello scienziato della politica, ma anche del biologo o del medico, del chimico o dell'urbanista: deve anche conoscerne il linguaggio specifico. Penso per esempio alla complessità del linguaggio che si prospetta a chi si occupa del biodiritto, disciplina che trova nell'università che ci ospita una sede di grande prestigio. Conoscere il linguaggio, però, non significa confondere il metodo. L'obiettivo del giurista, come anticipato, non è descrivere la realtà, ma creare le categorie dogmatiche entro cui organizzarla e qualificarla. Questo è il punto: al giurista compete esprimere giudizi in termini di legittimo/illegittimo applicati alle diverse vicende che gli vengono prospettate dalla realtà; è la «forma giuridica» delle cose che deve interessare il giurista, da cui la frequente accusa di «formalismo». È di forma che deve ragionare chi raccoglie il fluido della vita, dell'esperienza concreta, di tutto ciò che, come l'acqua, prende «forma» dal contenitore che la trattiene. Questo contenitore è appunto la categoria dogmatica. Forma e formalismo, dunque: laddove formalismo deriva dal "dar forma", opera da cui non non può fare a meno alcuna scienza, neppure le cosiddette scienze esatte che fanno dell'espressione matematica l'imprescindibile "formalismo" della dimostrazione. Noi non siamo scienza, almeno non in quel senso, il nostro compito non è certo la dimostrazione,

ma è la qualificazione, la quale non richiede affatto un grado minore di formalismo.

Come dicevo, il giurista deve conoscere la realtà, intendere il linguaggio usato nelle rappresentazioni di essa proposte dalle discipline "descrittive", ma non deve competere con esse e, soprattutto, confondere la sua missione con la loro. «Separatismo»: tradirebbe la sua missione il giurista che abbandonasse l'obiettivo della qualificazione giuridica dei fenomeni che gli sono sottoposti, e dunque il compito di costruire le forme entro cui quella realtà va organizzata. Questo vale tanto nella applicazione del diritto, che nell'applicazione di schemi di qualificazione delle cose fa la propria missione, quanto nell'opera di *law-making*, che richiede un impegno continuo di invenzione degli schemi giuridico-normativi che poi diventeranno indispensabili nella fase di applicazione del diritto.

In questa prospettiva appare evidente in quale equivoco cada la produzione legislativa derogando dal "formalismo" del linguaggio giuridico a causa della progressiva specializzazione della legislazione, intesa in senso ampio. La tecnicizzazione della normazione introduce "tecnici" nelle stanze del legislatore: essi – come notava Luhmann – sono in un rapporto di osmosi anche personale con i "tecnici" che operano negli specifici settori regolati, ne condividono conoscenze, visioni del mondo, valori e – soprattutto, direi – ciò che incarna tutto questo, il linguaggio. Se – come scrive Umberto Eco (*I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, 21) – l'autore di un testo impiega segni letterari che «anziché servire a designare un oggetto, designano istruzioni per la produzione di un significato», il linguaggio impiegato da chi scrive i testi normativi si adegua a quello degli apparati tecnici che dovranno applicarli. Il che comporta che le regole siano spesso scritte in un linguaggio che il giurista (il giudice o il pubblico funzionario) ignora, per cui per capirle e applicarle deve ricorrere ad un'intermediazione linguistica di qualche consulente. Anche l'"esperto" però soffre di limiti linguistici, è insofferente al linguaggio giuridico, che gli appare inutilmente complesso: siccome le leggi devono essere scritte secondo gli schemi del diritto, e quindi non possono essere scritte se non con le tecniche del giurista, l'"esperto" tende a rifuggire dalla legge e propende per impiegare atti diversi: dall'allegato tecnico della legge o del regolamento, ad atti amministrativi variamente denominati. Questa è una conseguenza nefasta della mancata separazione, e di un venir meno del "formalismo" giuridico. Confondere il diritto,

e la legge come sua espressione *standard*, con il «manuale d'uso» è un passo fatale.

Ma, spiegava Michel Foucault ormai mezzo secolo fa, la figura del giurista ha perso la sua funzione storica, ormai superata e sostituita dall'economista. Sicuramente è così, dato che ormai il buon governo non è giudicato tale secondo gli schemi della legittimazione, del rispetto di regole e principi della costituzione e delle leggi, secondo i criteri di qualificazione elaborati e applicati dai giuristi, ma per i risultati prodotti dalla sua azione, risultati che vanno apprezzati in termini numerici. È il trionfo dell'efficienza sulla legittimazione, ma è anche il trionfo di una ideologia economista sulla storia politica, anzi sulla politica *tout court*. Sembra che la scelta che fa di un governo il buon governo non sia tra obiettivi politici che incarnano valori sociali, ma solo tra strumenti efficienti per raggiungere un unico risultato, cioè quel benessere che corrisponde allo sviluppo economico. Questa è semplicemente ideologia, che purtroppo domina le facoltà di economia del mondo e, il che è molto peggio, domina le coscienze politiche e le istituzioni anche (o soprattutto) europee. Il trattato di Maastricht e lo statuto della BCE sono la "costituzione" valoriale di questa ideologia, la quale domina l'intera dimensione organizzativa (è perciò anche giuridica) della globalizzazione.

Ecco allora da dove discende la rivalutazione della terza etichetta: «statalismo». Nella vulgata pseudoculturale che domina ormai quasi incontrastata anche le nostre discipline, sembra che nulla possa essere più studiato e approfondito se non nella dimensione della globalizzazione, cioè in una dimensione in cui gli Stati perdono ruolo e importanza, sono ormai degli ectoplasmi. Anche questo è un effetto distopico dell'ideologia economicista. Quello che era l'orgoglio e il vanto dello *ius publicum europeum*, fondato sui diritti e sulle loro garanzie, viene abbandonato e sostituito da un sistema di concetti e di valutazioni, di metodologie di verifica che sono affidate a rappresentazioni e modelli economici. In questo sistema perde di ruolo lo Stato, e con lui si perde il patrimonio di norme, diritti, garanzie. Ecco perché lo statalismo, di cui Orlando è stato spesso - anche in queste giornate - accusato, appare una svista, che sposta l'attenzione dalla nostra storia, dalle nostre istituzioni, dalle nostre garanzie verso una dimensione in cui il "pubblico" è recessivo ed è sostituito dal privato. Ma attenzione: la nostra storia, la storia degli Stati di diritto e poi degli Stati costituzionali, nasce proprio dalla invenzione dello Stato sovrano che si radica e si giustifica come garante dei diritti degli individui minacciati dalla prepotenza di altri individui (il mitologico *homo*

homini lupus di Hobbes): oggi ci ritroviamo immersi in un mondo globalizzato in cui se gli Stati stanno tramontando si trascinano verso il buio i nostri diritti e la loro tutela, riconsegnando la nostra vita nelle mani di altri uomini - anonimi, sconosciuti, irresponsabili. Possiamo davvero pensare che la nostra vita sia sufficientemente tutelata dai giudici internazionali, a partire dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per finire nella WTO o negli organi di arbitraggio internazionale? Lo statalismo, antipatico come tutti gli "ismi", ci segnala proprio l'esigenza di non perdere l'unico ancoraggio che trattiene la tutela dei nostri diritti resistendo alla corrente della globalizzazione.

Queste conclusioni sono scritte in tempi di reclusione causata dalla pandemia: in un momento dunque in cui la globalizzazione è indicata dal dito accusatore e lo Stato viene scoperto come sponda verso cui protendere il braccio per salvarsi. Qualcuno pensa ancora di poter accusare Vittorio Emanuele Orlando tacciandolo di formalismo, statalismo e separatismo?