



La discrezionalità del giudice nell'applicazione delle leggi è un problema noto a tutti i sistemi moderni, specie ora che i giudici si trovano ogni giorno ad applicare direttamente principi tratti dalla costituzione e persino da altri ordinamenti. Sempre più spesso le valutazioni del giudice sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore. Ogni sistema giuridico ha il suo metodo per scegliere e istituire i giudici, ma in nessun sistema è ammesso che essi operino in piena libertà, liberi di creare diritto a loro piacimento. Il legislatore è l'unica autorità che può vantare una piena legittimazione democratica, per cui ogni esercizio di potere pubblico che non si leghi saldamente alle sue indicazioni appare arbitrario e inaccettabile. Migliaia di libri sono stati scritti per elaborare teorie, regole e principi che dovrebbero arginare l'inevitabile discrezionalità degli interpreti delle leggi e garantire un certo grado di oggettività. Ma la fisica quantistica ci suggerisce di procedere per altra via, di inseguire altri obiettivi e di accettare una visione diversa della verità oggettiva.

**Roberto Bin** si è formato nell'Università di Trieste e ha insegnato in quella di Macerata. Attualmente è ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara. È autore di alcuni fortunati manuali universitari e di diversi libri e saggi scientifici (la sua bibliografia si può leggere in [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it)).

**FrancoAngeli**  
La passione per le conoscenze

€ 17,00 (V)

ISBN 978-88-204-2152-6



9 788820 421526

la Società/Diritto

1420.1.148

Roberto Bin A DISCREZIONE DEL GIUDICE



la Società/Diritto

**FrancoAngeli**

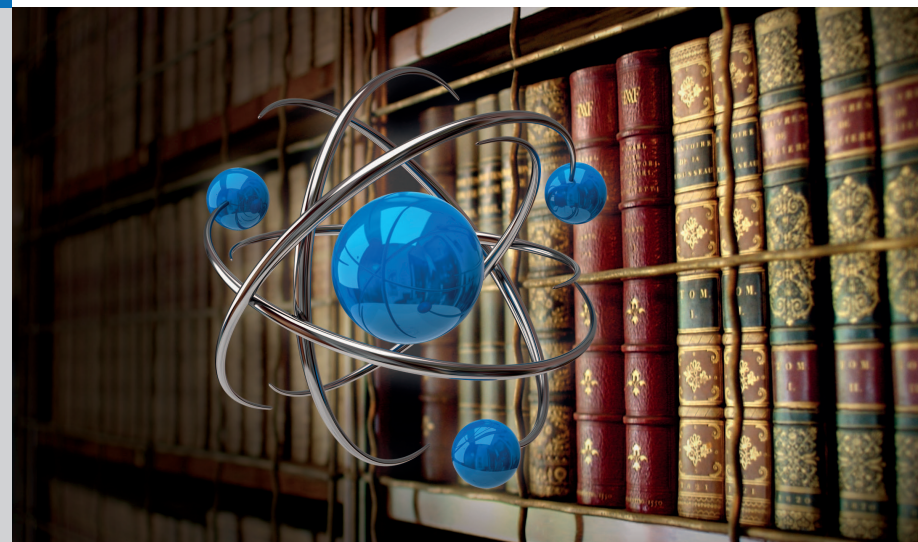


NESSUNA TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE  
GIURIDICA PUÒ RIDURRE LA DISCREZIONALITÀ  
DEI GIUDICI. PERÒ...

**Roberto Bin**

# A DISCREZIONE DEL GIUDICE

Ordine e disordine  
una prospettiva "quantistica"



Roberto Bin

# **A DISCREZIONE DEL GIUDICE**

Ordine e disordine  
una prospettiva “quantistica”

**FrancoAngeli**

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

Ristampa							Anno							
0	1	2	3	4	5	6	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sui diritti d'autore.

Sono vietate e sanzionate (se non espressamente autorizzate) la riproduzione in ogni modo e forma (comprese le fotocopie, la scansione, la memorizzazione elettronica) e la comunicazione (ivi inclusi a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la distribuzione, l'adattamento, la traduzione e la rielaborazione, anche a mezzo di canali digitali interattivi e con qualsiasi modalità attualmente nota od in futuro sviluppata).

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun fascicolo 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 ([www.clearedi.org](http://www.clearedi.org); e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org)).

Stampa: Tipom Monza, via Merano 18, Milano.

# Indice

Introduzione pag. 7

## **Ciò che i giuristi possono imparare dalla fisica moderna**

Perché la fisica?	»	15
Meccanica quantistica e <i>hard cases</i> : questioni di risoluzione ottica	»	21
Indeterminazione giuridica – e allora?	»	27
Interpretazione di che cosa?	»	35
Risposte giuste e domande sbagliate	»	53
“Penumbra of uncertainty”, il favoloso mondo dell’entropia	»	61

## **La ruota dei criceti**

Il diritto è ciò che il giudice dice essere, ma è il diritto a dire chi è il giudice	»	69
Il signor Mani e la retorica del giudizio	»	81
La ruota dei criceti	»	93
Qualche conclusione	»	101
Indice dei nomi	»	109

Questo saggio è il frutto di una ricerca iniziata nel 2009, con alcune primissime riflessioni che hanno preso forma in un paio di scritti (*Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*). *Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di L. Carlassare*, I, Napoli 2009, 35-60, e *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, I, Napoli 2011, 363-383). Ma la ricerca vera e propria si è svolta nel periodo trascorso allo *Straus Institute for the Advanced Study of Law & Justice* della New York University, grazie alla generosa *Fellowship* che mi è stata offerta nell'anno accademico 2011-2012. Sono particolarmente grato al direttore dell'Istituto, Joseph H.H. Weiler, per l'amicizia che mi ha dimostrato e per l'occasione che mi ha dato di giovarmi dei consigli suoi e degli altri studiosi con cui ho condiviso mesi di lavoro felice in un ambiente estremamente stimolante, al 22 di Washington Square North. Sono molto grato anche ad alcuni amici italiani che hanno avuto la pazienza di leggere e commentare la prima stesura di questo scritto: Mauro Barberis, Omar Chessa, Claudio Luzzati, Giorgio Pino, Pietro Costa mi hanno dato consigli davvero preziosi. Un grazie speciale va a Sergio Bartole, che ha generosamente letto, criticato e commentato tutti i miei scritti, sin dall'inizio della mia attività. Nutro un debito profondo nei suoi confronti.

## Introduzione

L'ambizione di questo breve saggio è di cercare una via di uscita dall'*impasse* in cui si trova la teoria del diritto dei nostri giorni.

Il nodo è la discrezionalità del giudice nell'applicazione delle leggi, discrezionalità enormemente aumentata da quando, oltre alla legge, il giudice si trova ad applicare direttamente principi tratti dalla costituzione e persino da altri ordinamenti. Sempre più spesso le valutazioni del giudice sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore. Il legislatore è l'unica autorità che nel nostro sistema può vantare una piena legittimazione democratica, per cui ogni esercizio di potere pubblico che non si leghi saldamente alle sue indicazioni appare arbitrario e inaccettabile.

Questo è il punto: ogni sistema giuridico ha il suo metodo per scegliere e istituire i giudici, ma in nessun sistema essi godono di una piena legittimazione democratica; né, d'altra parte, vi sono sistemi in cui è ammesso che i giudici operino in piena libertà, liberi di creare diritto a loro piacimento. Il principio universalmente accettato è che sia la loro soggezione alla legge a legittimarne l'operato. La legge è espressione del parlamento, massima sede di rappresentanza democratica: la fedeltà alla legge è quindi il *medium* che giustifica il potere del giudice in un sistema democratico. Se questa fedeltà diviene opaca, se le valutazioni del giudice possono svolgersi senza uno stretto vincolo alla legge, se la sua

discrezionalità si sovrappone a quella del legislatore, il sistema non regge più e l'opera del giudice perde qualsiasi giustificazione.

Il problema è presente in ogni sistema giuridico e in ognuno viene impostato secondo i tracciati tipici di quel sistema, si adatta all'orografia della sua cultura. In molti sistemi dell'Europa continentale, i percorsi culturali sono segnati dalla teoria kelseniana delle fonti del diritto. Si accetta che il giudice crei diritto perché lo spazio della sua discrezionalità (e creatività) è delimitato dalle griglie (dallo "schema") sempre più strette impilate dal sistema gerarchico delle fonti. La giustificazione regge sinché regge il sistema gerarchico, e il sistema gerarchico regge sinché la costituzione si limiti a regolare la forma – più che il contenuto – delle leggi e sinché il sistema sia (relativamente) chiuso e (relativamente) monolitico. Offuscandosi queste caratteristiche, il sistema perde irrimediabilmente di coerenza e credibilità.

Nei sistemi anglosassoni, e segnatamente in quello statunitense, la tradizione fissa nella sovranità del legislatore la stella polare, il punto fermo a cui l'interprete deve tenere fisso lo sguardo e nei confronti del quale il giudice deve mostrare una completa deferenza. Contemporaneamente, la stessa cultura di *common law* porta a sviluppare una sofisticata analisi dei meccanismi dell'interpretazione giudiziaria, individuando nel vincolo tecnico del precedente giudiziario la fitta trama a cui la discrezionalità dell'interprete deve annodare le proprie decisioni. La stessa *deference* nei confronti del legislatore e del suo "intento legislativo" diviene – come vedremo più in là – una struttura argomentativa della teoria dell'interpretazione, nella quale si cerca di impennare la risposta al problema del fondamento e dei limiti della discrezionalità del giudice.

Negli ultimi decenni l'osmosi tra i due sistemi si è accentuata di molto, anche se opera quasi esclusivamente in una direzione, dal sistema anglosassone a quello europeo. A determinare il verso del processo concorre senza dubbio l'atavica chiusura del sistema giuridico americano, così fieramente convinto del suo "eccezio-

1. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tr. it. di M.G. Losano, Torino, 1966, 382.

### Introduzione

nalismo”. Ma incide soprattutto un fattore oggettivo, conseguente all’insufficienza ormai conclamata della teoria delle fonti come schema attraverso cui spiegare ciò che fanno i giudici. O meglio, è la stessa teoria gradualistica delle fonti a innescare la crisi<sup>2</sup>.

Il ruolo preponderante attribuito alla costituzione nella gerarchia delle fonti ha avviato due processi ingestibili con le vecchie tecnologie concettuali<sup>3</sup>. Ha introdotto nell’ordinaria gestione del compito di applicare la legge il problema di maneggiare i principi costituzionali, i valori loro sottostanti, le tecniche di bilanciamento che ad essi sono ormai saldamente legate; e in parallelo, ha assegnato alla giurisprudenza costituzionale, in pressoché tutti i sistemi giuridici dell’Europa continentale, un ruolo inedito di produzione di norme – norme generate dalla costituzione e perciò destinate a collocarsi allo stesso livello di questa.

L’effetto destabilizzante è evidente. Si parte da un sistema delle fonti: quindi di *atti*, il cui diverso livello gerarchico è giustificato dalla maggiore o minore legittimazione democratica dei *procedimenti* che li producono (la *legge* prevale sul *regolamento* perché approvata attraverso una discussione e una deliberazione parlamentare pubblica e coinvolgente anche le minoranze, mentre il *regolamento* è una decisione assunta dal governo senza dibattito pubblico e senza partecipazione delle forze politiche di opposizione). Le *norme* che l’interprete ricava da quegli atti acquistano lo stesso livello gerarchico ad essi attribuito: quindi la norma tratta da una legge prevarrà sulla norma contrastante ricavata da un regolamento. Perché a questo serve la teoria delle fonti, a risolvere

2. Sulle vicende del principio di gerarchia come criterio ordinatore delle fonti, cfr. ora l’ottima ricostruzione di S. Parisi, *Ascesa, declino e mutazioni della gerarchia delle fonti*, Napoli, 2012. Per una difesa della gerarchia come meccanismo regolatore delle fonti e delle norme, cfr. invece G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 2011, 19 ss.: in questo saggio – che giunge a conclusioni non molto lontane da quelle che verranno qui sviluppate – si trovano anticipate anche alcune considerazioni, che verranno svolte in seguito, sul riconoscimento delle fonti del diritto, sull’abrogazione tacita e sull’azzeramento del valore precettivo di alcune disposizioni.

3. Su tutto ciò cfr. G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 326-339.



le *antinomie*, i contrasti tra norme. Ora, se la costituzione occupa il gradino più elevato del sistema giuridico<sup>4</sup>, è chiaro che le “sue” norme devono prevalere su ogni altra norma dell’ordinamento. Le corti costituzionali garantiscono questa prevalenza, potendo dichiarare illegittima qualsiasi legge che disponga in contrasto con essa. Ma le corti costituzionali non hanno il monopolio dell’interpretazione della costituzione: essendo, questa, parte – il “vertice” – del sistema giuridico, ogni giudice è tenuto ad applicarla e interpretarla, ricavando norme destinate a prevalere sulle altre.

Nel sistema delle fonti kelseniano – ma probabilmente in ogni altra teoria delle fonti – questo fenomeno non trova una spiegazione soddisfacente. Il ruolo creativo, “normativo”, del giudice è tollerabile perché il giudice “applica la legge” e crea la “norma del caso” – la norma che è frutto dell’interpretazione della legge (generale e astratta) in considerazione delle particolarità del caso concreto da giudicare. La legge è “uno schema che deve essere completato” con l’atto d’interpretazione, in “quel processo di determinazione che costituisce il senso stesso della successione in piani diversi delle norme giuridiche”<sup>5</sup>. Nella semplificazione corrente del pensiero di Kelsen, la discrezionalità del giudice si risolve nello spazio concesso dalla “sussunzione” della fattispecie concreta (il caso) in quella astratta (la legge). Ma se il giudice deve interpretare non “fattispecie” generali – quelle suggerite dalla legge – ma “principi” costituzionali – norme generalmente prive di

4. Il problema storico è proprio questo, se la costituzione faccia o meno parte dell’ordinamento generale, e quindi se il giudice possa trarne norme da applicare al caso che gli è sottoposto. La risposta non è affatto scontata. In Italia, per esempio, che la costituzione e la legislazione siano “sfere separate” era una convinzione che in origine prevaleva forse tra gli stessi costituenti (cfr. C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 149 ss.). Nelle prime cause discusse davanti alla Corte costituzionale, il Governo aveva assunto la difesa della legislazione repressiva fascista sostenendo appunto che le norme con cui la costituzione garantisce le libertà o sono norme precettive che producono l’abrogazione delle leggi anteriori con esse incompatibili, oppure hanno carattere programmatico e non comportano perciò difetto di legittimità di nessuna delle leggi vigenti anteriori alla costituzione. Il problema è stato risolto dalla prima sentenza della Corte costituzionale (sent. 1/1956), così come negli Stati Uniti vi ha provveduto la Corte suprema con *Madison v. Malbury* (1803).

5. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 382 e 383.

## *Introduzione*

“fattispecie”, che si limitano ad indicare valori, obiettivi, interessi la cui tutela e valorizzazione è espressa come un’esigenza assoluta (“la libertà personale è inviolabile”), non già bilanciata con altre esigenze potenzialmente concorrenti – la “discrezionalità” con cui crea nuove norme si giustifica a fatica con i parametri kelseniani. E allora per molti diventa pressante trovare altre strategie per cercare di portare questa discrezionalità interpretativa sotto controllo, cercando suggerimenti in prospettive che superino, o quantomeno completino la teoria delle fonti e promettano di depurare la discrezionalità dell’interprete dal facile sospetto di arbitrarietà, riportarla sul terreno del riscontro e della verificabilità oggettiva.

Ed ecco allora che nella grande cultura nordamericana che si è sviluppata attorno alla teoria dell’interpretazione costituzionale si cercano risposte capaci di rassicurare gli interpreti e fornire loro nuovi e più affidabili strumenti con cui affrontare sfide inedite. Ma sono risposte che non si trovano né lì né altrove, forse perché le domande sono sbagliate. Da questa ipotesi prende le mosse il mio saggio.

Esso si divide in due parti. Nella prima, che prende a prestito il titolo da un articolo di Laurence H. Tribe<sup>6</sup>, sfrutto alcune sollecitazioni che derivano dalle riflessioni epistemologiche di teorici della fisica quantistica, Heisenberg per primo. L’obiettivo critico è la “ontologia del materialismo”, l’idea cioè che nel processo di interpretazione e di applicazione del diritto l’interprete<sup>7</sup> abbia a che fare con “cose” che esistono a prescindere dal suo intervento. Moltissima attenzione viene dedicata di solito all’interpretazione e ai suoi metodi, molto poca invece alla scelta del suo oggetto. A me

6. *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, in 103 *Harv. L. Rev.*, 1 (1989).

7. Uso spesso il termine “interprete” per designare genericamente sia il giudice che qualsiasi altro operatore impegnato a “ricavare la norma da una disposizione”. È chiaro però che l’applicazione del diritto è compito che grava tipicamente sulle spalle dei giudici, per cui assai spesso ad essi mi riferisco espressamente, consapevole che non sono gli unici soggetti dell’applicazione del diritto e che probabilmente all’attività di qualsiasi interprete possono estendersi le stesse considerazioni. In alcuni casi, spinto dall’analogia con la teoria quantistica, uso il termine ‘osservatore’, in quanto soggetto diverso e contrapposto all’oggetto osservato: ma anche in questo caso è dell’attività dell’interprete che sto trattando.

sembra invece molto interessante proprio questa fase del lavoro dell'interprete, perché in essa si realizza quella sovrapposizione tra soggetto e oggetto che è al cuore dell'epistemologia della meccanica quantistica. L'"ontologia materialistica" sembra invece presupporre che esista un qualcosa, probabilmente un "documento"<sup>8</sup>, che forma l'oggetto del lavoro dell'interprete, il quale perciò affronta il suo lavoro in una prospettiva di netta separazione tra "osservatore" e "osservato", attribuendo a quest'ultimo caratteristiche di oggettività che poi si riflettono sulla stessa costruzione dell'interpretazione e della motivazione della decisione, legittimandole. Al contrario, proprio dalla contestazione di questa ontologia mi sembra poter ricavare un'immagine "decostruita" dell'interpretazione giuridica, di cui l'*entropia* appare una rappresentazione adeguata.

Se questa prima parte può sembrare condurre a conclusioni di accentuato scetticismo in merito al lavoro dell'interprete, nella seconda parte provo a suggerire una possibile via d'uscita dall'*impasse*. Anche qui la teoria quantistica mi offre uno spunto iniziale: ben poco possono dirci i dati di un unico esperimento, così come poco può offrirci l'analisi di un'unica sentenza. Se si può dire della scienza che essa vive in una dimensione istituzionale, tanto più lo si può affermare per il diritto. La seconda parte è dedicata appunto a individuare il significato della dimensione istituzionale dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto. È anzitutto nelle regole che presiedono al giudizio – nel rapporto retorico tra domanda e risposta – che si possono cogliere le specificità del "sistema" dell'applicazione del diritto e le profonde differenze che lo separano dal "sistema" della produzione di atti normativi. L'aspetto istituzionale del diritto è fatto di vincoli e reazioni, come pure di un consistente apporto critico che accompagna ogni decisione, la confronta con lo "sciame" dei precedenti, ne controlla l'aderenza ai presupposti e alle regole dell'istituzione, ne verifica la conformità ai modelli che definiscono il ruolo dell'interprete. Un lavoro, talvolta anonimo, che consente al sistema di funzionare. Come la ruota su cui corrono i criceti.

8. Cfr. G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto*, 4 s.