

Teoria delle fonti e carte dei diritti

Roberto Bin

Per restare nel tracciato programmato di questo Convegno, ho pensato che la mia relazione converrebbe che venga divisa in due parti. Sono due parti distinte, che guardano ad aspetti diversi del tema assegnatomi: perciò ognuna è dotata di un proprio titolo.

1. Chi mi conosce sa che i titoli mi piacciono molto. La prima parte potrebbe avere come titolo: *«Se non credi in dio, non fare il prete»*.

È un ammonimento che mi è venuto in mente riflettendo su un tema che mi sembra attuale e particolarmente opportuno che venga affrontato davanti a una platea in cui tanti sono i giovani giuristi. Il tema è questo: a che cosa serve un giurista? Più facile mi sarebbe dire a che cosa non serve: non serve a descrivere le cose. A ciò ci penseranno il sociologo, l'economista, il filosofo, ma non il giurista: il suo compito non è descrivere la "verità". Il suo compito è dire ciò che è legittimo e ciò che non lo è, ossia qualificare gli atti e i comportamenti: discriminarli non descriverli.

Perciò a me sembra contrastante con il lavoro del giurista quello che invece è uno dei generi letterari più diffusi in Italia, specie nella nostra comunità, almeno per ciò che riguarda le fonti del diritto: scrivere e ripetere che esse sono in crisi e descrivere con cura (e una certa dose di sadismo) le cause di essa. È facile immaginare l'imbarazzo di un giudice costituzionale divenuto tale dopo aver pubblicato per anni saggi molto influenti sulla crisi delle fonti, sino a contestare la stessa esistenza di un "sistema delle fonti"; e poi si è trovato a scrivere sentenze, spesso anche molto apprezzabili, per far valere la gerarchia delle fonti e la "primazia" della Costituzione. Se non credi nel sistema delle fonti, non fare il giudice costituzionale, mi verrebbe da dire riprendendo il titolo di questa prima sezione della mia relazione: ma se lo fai, non puoi più negare che il sistema ci sia e si basi su precisi sostegni che ne garantiscono la solidità. Infatti non stai più descrivendo il sistema (e la sua crisi) ma lo stai applicando in un giudizio che si esprime in termini di legittimità: la tua stessa sentenza corrobora il sistema.

Come giurista, il tuo compito non è descrivere la crisi, ma risolvere i problemi che vengono creati da comportamenti inadeguati dei protagonisti istituzionali che infrangono i principi del sistema. Noi siamo purtroppo pieni di esempi catastrofici di quella che viene descritta come crisi del sistema delle fonti, ma sono crisi che si aprono soltanto perché è violata la Costituzione e l'ordine che essa imprime alle fonti del diritto. L'opera della Corte costituzionale dovrebbe procedere verso la riaffermazione e il consolidamento del sistema, anche se talvolta il suo contributo è incerto o addirittura controproducente.

2. Vogliamo parlare dei decreti-legge, giusto per ragionare su un terreno concreto? La deriva è iniziata molti anni fa, quando la dottrina si chiedeva come mai i costituenti non avessero previsto e disciplinato l'efficacia degli emendamenti introdotti in sede di

conversione. La risposta avrebbe dovuto essere semplice: non lo hanno previsto perché l'art. 77.2 Cost. definisce il decreto-legge come un "provvedimento", e il provvedimento non si emenda, perché ciò che disponeva è già accaduto. Se il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale avessero preso la Costituzione sul serio, oggi non avremmo questa grave crisi del "sistema", causata dall'abuso dello strumento. Decreti-legge che contengono intere discipline di settore, modifiche dei codici, importanti riforme della legislazione in vigore non sarebbero stati ammessi. E invece ciò non è accaduto: al contrario, dato da tempo per scontato che «è pacificamente ammesso, ed è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte, che la parificazione alle leggi formali degli atti "aventi forza di legge" (tra i quali certamente rientra il decreto legge) abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate»¹, la Corte giunge a stigmatizzare il decreto-legge che manifesta «lo stretto legame esistente con la vicenda giudiziaria che ne rappresenta l'*occasione*», ma subito ci conforta aggiungendo che esso «detta una disciplina generale e astratta, e dunque potenzialmente applicabile a una pluralità indeterminata di casi analoghi»². Sono questi i «provvedimenti provvisori» che il Governo può adottare «in casi straordinari di necessità e di urgenza»?

Prendiamo un altro esempio: il fenomeno dei regolamenti senza forza regolamentare, su cui tanto si è scritto. Sembrano ectoplasmi da film *horror*, evocano i morti-non morti; e invece sono semplicemente degli abusi che non dovrebbero essere accettati. Come ha detto in una luminosa sentenza il Consiglio di Stato, questi non sono regolamenti, anzi non sono neppure fonti, perciò non possono condizionare la legittimità dei comportamenti dei cittadini o degli apparati pubblici. E anzi dovremmo apprezzare che sia lo stesso Governo a definire il suo atto "non regolamentare", perché così lo esclude dagli atti normativi. Ciò che è fonte e ciò che non lo è non ce lo dice il sociologo, non ce lo dicono le tante monografie sulla crisi delle fonti, e neppure le autorità che ci governano: ma i giuristi che, consci del loro mestiere, applicano il sistema legale delle fonti.

Con gli esempi potremmo continuare all'infinito o quasi, uscendo anche dal nostro ordinamento. Pensate a quanta confusione si crea nell'interpretazione degli articoli 51-53 della Carta dei diritti dell'Unione europea, tra chi li interpreta con gli occhiali del giurista, per il quale il significato non è affatto misterioso, e chi invece li vuole inseriti in un quadro dominato da "valori" e obiettivi trascendenti, "*magis ut valeant*" nel perseguimento del nobile obiettivo di garantire il *maximum standard* dei diritti – salvo poi riflettere su quali diritti siano garantiti e che trattamento ne consegue per tutti i diritti e interessi concorrenti destinati a soccombere. Ma su questo non vado oltre, perché è il punto centrale della seconda parte della mia relazione.

3. La seconda parte della mia relazione ha per titolo "*Fisicità del conflitto e metafisica dei diritti*". La premessa è la teoria, a cui sono molto affezionato, che può essere così enunciata: "i diritti sono a somma zero". Il ragionamento muove da un passo ancora

¹ Sent. 184/1974, Relatore Crisafulli.

² Sent. 38/2025, cui ho dedicato una nota critica in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*.

precedente, che postula che i diritti nascano tutti da una situazione di conflitto: conflitti tra individui, ognuno munito dall'intento di difendere i propri interessi; conflitti tra individuo e società, la quale vuole imporre limiti e condizionamenti ai desideri degli individui. Il compito del diritto è di regolare questi conflitti. Oserei formulare un postulato e proporvelo: non c'è norma giuridica che non nasca dall'esigenza di regolare un conflitto tra interessi concorrenti. L'ordinamento giuridico è fatto di regolazioni dei conflitti, di definizioni dei confini tra interessi concorrenti.

Tracciare i confini è un affare serio. Se si ha la pazienza di consultare i manuali di geografia, si potrà verificare che per i confini politici vale quello che sto dicendo a proposito delle norme giuridiche: i punti in cui i confini sono segnati da appositi cippi sono quelli dove si è assistito a lotte, battaglie, contestazioni. Sono i conflitti a rendere interessante definire i punti in cui collocare i termini. Punti che nessuno aveva mai avuto interesse a situare in questa o quella parte del territorio, sinché improvvisamente il problema acquista significato e richiede una precisa determinazione. Qualche anno fa scoppiò il caso della salma congelata, la mummia di Ötzi, trovata nel ghiacciaio del Similaun ad oltre 3200 metri, e oggi collocata nel museo archeologico di Bolzano. Chi avrebbe mai pensato che potesse essere interessante collocare uno specifico punto di un ghiacciaio da una parte o dall'altra del Tirolo?

Il confine viene segnato dove si è combattuto, o quantomeno discusso. E per il diritto è lo stesso. Non c'è norma del codice penale o della legislazione civile che non segni un punto su cui è sorta una contesa, su cui è stato necessario regolare il conflitto di interessi per cercare di farlo cessare. Pensate a istituti disciplinati dal codice civile, così lontani dalla nostra esperienza, probabilmente, come l'inseguimento dello sciame d'api; oppure la commorienza, che è una regola importantissima per il conflitto tra eredi che serve a determinare chi muore prima quando si muore insieme.

Questo ci dice molto su cosa si vede se si indossano gli occhiali del giurista: interessi confliggenti, ricerca di punti di equilibrio, tutele apprestate per gli interessi soccombenti, che non sono mai totalmente sopraffatti, perché è necessario fissare limiti oltre ai quali la prevalenza di un interesse sull'altro non può andare... Gli occhiali del giurista non impediscono di guardare e descrivere la realtà, sempre in movimento: ma oltre ai dati di realtà deve guardare ai conflitti che quella realtà manifesta, e ai modi in cui essi vengono composti.

4. Ed è per questo che la teoria del *maximum standard* non mi convince. Essa volge lo sguardo alla bellezza del Creato senza preoccuparsi di individuare i termini del conflitto, cioè di quello che il diritto intende regolare. Immagina un mondo senza conflitto, cioè un mondo senza diritto.

Se poi la proiettiamo su un sistema multilivello di tutela dei diritti, che è l'habitat ideale della ricerca della tutela più intensa di un diritto - l'habitat spesso prediletto dai nostri giudici che per questa ricerca si rivolgono alla CEDU o alla Corte di giustizia, piuttosto che alla Corte costituzionale - mi convince ancora di meno. Cedu e Corte di giustizia concedono ai diritti che si vogliono premiare una tutela più elevata di quanto può concedere la Corte costituzionale. E perché? Perché la Corte costituzionale deve

pronunciarsi sulla base di un sistema conflittuale di diritti e interessi, quello che la ha consegnato il costituente del 1948. Lo stesso non vale per la Corte di giustizia (e neppure per la Corte EDU, per motivi diversi che sarebbe un po' troppo complicato affrontare in questa sede), che ha deciso di avere un unico interesse in cura, quello dell'integrazione europea e del rafforzamento di un mercato concorrenziale, in cui gli interessi degli imprenditori non fronteggiano il conflitto sociale (che è all'origine delle costituzioni del secondo dopoguerra), ma i concorrenti, cioè altri imprenditori, e semmai i consumatori. Il mercato, come tutti i mercati ha le sue regole, fatto anzitutto di misure igienico-sanitarie e di rispetto ambientale, ovviamente anche di regole di concorrenza che si riflettono almeno in parte sulla protezione dei consumatori: il conflitto sociale che fine ha fatto?

Il conflitto sociale sta fuori dell'orizzonte della Corte di giustizia, il cui interesse dominante è rafforzare l'integrazione dell'Unione e del suo mercato. Questo aspetto mi incuriosisce alquanto. Se un organo pubblico è preposto alla cura di un interesse specifico, esso – sto applicando le categorie concettuali di Giannini – è un ministero, non un giudice, il quale punta sempre al bilanciamento tra interessi concorrenti e alla ricerca di una composizione equilibrata del conflitto.

Ma il conflitto sociale non sembra interessare, non è ammesso a turbare la bellezza del Creato, poco ha a che fare con il *maximum standard* e con il serafico mondo dei diritti. Questo significa che se tu sei un imprenditore, i tuoi diritti saranno sicuramente meglio protetti davanti alla Corte di giustizia rispetto a qualsiasi giudice nazionale. E che quindi il *maximum standard* non è affatto una categoria neutra, è un *nomen* che ben rappresenta la realtà: una realtà che seleziona gli interessi ammessi alla competizione davanti al giudice prima che il *ring* sia aperto alla competizione, e dice da subito chi sarà il vincitore.

5. Lo so, la mia reazione di fronte a questa teorie tende a essere drastica, mi porta a riprendere in mano Lenin: *L'imperialismo, fase suprema del capitalismo*. Lì si spiega quali sono i vecchi e storici, mai superati conflitti: che non sono quelli di cui si occupa la Corte di giustizia, ma sono invece proprio quelli che avevano davanti i nostri costituenti e molto spesso ancora si presentano nelle nostre aule di giustizia. E allora poco ci dice la Carta dei diritti in relazione ai conflitti sociali per la cui regolazione essa non è stata scritta. Ci dovremmo chiedere dove sia finito il conflitto sociale, ci dovremmo domandare quale sia il *ring* in cui si svolge la competizione. Perché non ci può essere una competizione, una lotta, un conflitto senza un *ring*, cioè uno spazio delimitato entro cui esso si svolge.

Qui si nasconde il vero problema. Il conflitto sociale che avevano in mente i nostri costituenti si sviluppava dentro i confini nazionali, nelle elezioni e nelle sedi istituzionali in cui le parti politiche si affrontavano. Oggi quello spazio non esiste più, o quantomeno ha perso molta della sua rilevanza. La c.d. globalizzazione – quella che Lenin chiamava imperialismo, per intenderci – ha cancellato i confini, ha tolto i limiti del campo in cui si svolgeva la partita. Quella partita non si gioca più, e i diritti hanno perso la consistenza che avevano quando esisteva il conflitto sociale.

Ma, checché se ne dica, la Storia non finisce mai.

