



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

“LA GIURISPRUDENZA È FONTE DI DIRITTO?”: INTRODUZIONE AD UN INCONTRO DI STUDI*

1. – Non mi nascondo che la formulazione del tema oggetto dell’odierno incontro di studio – “*La giurisprudenza è fonte del diritto?*” (formulazione, peraltro, doverosamente corredata da un punto interrogativo) – potrebbe sollevare qualche, non illegittima, perplessità.

Una siffatta formulazione – si potrebbe eccepire – appare, quanto meno, di taglio più giornalistico che scientifico.

Quel che è certo è che essa si pone in netto, plateale contrasto con le chiare indicazioni che ci provengono dalla tradizione giuridica continentale: quella che affonda le proprie radici nel fenomeno delle codificazioni liberal-ottocentesche.

Invero, quello di eliminare la necessità della mediazione del ceto dei giuristi nell’interpretazione ed applicazione del diritto – e, in particolare, quello di sottrarre ai giudici qualsiasi potere discrezionale al riguardo – costituiva obiettivo dichiarato della Rivoluzione francese. Siffatto atteggiamento – è noto – era, sul piano politico, frutto di una non immotivata diffidenza dei rivoluzionari nei confronti dei giudici, che sotto l’*ancien régime* avevano dimostrato non marginali difficoltà a distinguere fra interpretazione e creazione del diritto (talora finendo addirittura con lo sterilizzare la portata innovativa di norme che pure il potere politico aveva introdotto); e, sul piano ideologico, era giustificato sulla base della dottrina della divisione dei poteri, che voleva completamente separate la funzione di *creazione* del diritto, attribuita in via esclusiva al potere legislativo, e quella di *applicazione* del diritto, attribuita invece al potere giudiziario: separazione che avrebbe potuto realizzarsi solo se i giudici fossero stati ridotti – per usare la ben nota espressione di Montesquieu – al ruolo di “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”, di “*être inanimé*”, di meccanico operatore, privo di qualsiasi margine di discrezionalità creativa, di un sistema normativo integralmente determinato dal potere legislativo. Tanto più che solo così si sarebbe potuta assicurare la *prevedibilità delle decisioni giudiziarie* e, con essa, la *certezza del diritto*.

Per realizzare siffatti obiettivi ed attuare detti principi, più che utile, addirittura necessario appariva che la disciplina privatistica fosse dal legislatore organizzata in “codici”, connotati dai caratteri della *chiarezza*, della *coerenza* (= non contraddittorietà) e della *completezza*: e ciò,

* Relazione tenuta dall’A. nell’ambito dell’incontro di studi sul tema “La giurisprudenza fonte del diritto?”, svoltosi presso l’Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli “Scritti giuridici di Andrea Belvedere”, Padova, 2016.

JUS CIVILE



proprio al fine di renderne automatica – meccanica, appunto – l’applicazione da parte di un giudice privato di qualsiasi margine di discrezionalità.

Peraltro, su una strada analoga si era già mosso – è noto – il *Landrecht* prussiano del 1794, che mirava a fissare in oltre 16.000 disposizioni minutissime e dettagliate la regolamentazione di tutte le situazioni di fatto che si pensava la vita potesse proporre. Federico Guglielmo II, nel promulgarlo, aveva tentato di “chiudere il cerchio” – da un lato – vietando espressamente ai giudici di “permettersi un qualsiasi, anche se pur minimo allontanamento nei confronti delle prescrizioni chiare ed intelleggibili della legge”; e – da altro lato – disponendo che, nell’ipotesi (invero ritenuta marginale) in cui una fattispecie concreta non avesse trovato puntuale riscontro nelle disposizioni codicistiche, così come nell’ipotesi in cui queste ultime si fossero rivelate incomplete, contraddittorie od oscure, il giudice avrebbe dovuto rimettere la questione ad un’appositamente costituita “Commissione Legislativa” per riceverne un’interpretazione vincolante: in tale contesto, l’unico tipo di interpretazione ammissibile appariva – evidentemente – quella *autentica*.

In un’ottica di tal fatta, chiedersi – come fa il titolo del nostro incontro – se “*la giurisprudenza è fonte del diritto?*” potrebbe apparire addirittura provocatorio.

Solo che il ruolo del giudice quale appena tratteggiato appartiene più alla retorica illuministica – costituendo espressione di un’impostazione ideologica volta ad esaltare il monopolio legislativo statale – che alla concretezza dell’esperienza giuridica.

In realtà, l’illusione di leggi “auto-applicative” – di norme, cioè, così chiare, complete, non contraddittorie da renderne l’applicazione puramente automatica, meccanica – è ben presto svanita di fronte all’evidenza dei fatti: la prassi si è, invero, subito incaricata di dimostrare che praticamente nessuna disposizione legislativa – anche codicistica – si sottraeva all’esigenza di “chiarimenti” da parte della giurisprudenza; che i casi non contemplati dal legislatore – o perché da quest’ultimo trascurati o perché neppure ipotizzabili all’epoca del suo intervento – non erano, di certo, eccezionali; che la necessità di adattare le regole legali, pur immutate nella loro formulazione letterale, all’evolversi delle esigenze pratiche e della sensibilità sociale diveniva sempre più sentita più ci si allontanava dal tempo dell’intervento legislativo.

Da sempre quindi – al di là delle enunciazioni dal chiaro sapore ideologico – le corti hanno, in concreto, svolto un ruolo creativo del diritto.

2. – Ma non è certamente a tale dato fisiologico che intende far riferimento il titolo del nostro incontro, quando invita ad interrogarsi se – oggi – “*la giurisprudenza è fonte del diritto?*”.

Tale ultimo interrogativo è piuttosto sollecitato dal fatto che, specie a partire dalla metà del secolo scorso, si è verificata tutta una serie di eventi che – *visti nel loro reciproco interferire* – sembrano aver seriamente rimesso in discussione la linea di demarcazione fra attività di creazione ed attività di applicazione del diritto.

Profilo, quest’ultimo, qualche anno addietro addirittura balzato all’onore delle cronache,

JUS CIVILE



quando sia la Camera dei Deputati che il Senato della Repubblica hanno sollevato davanti alla Corte costituzionale conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato con riferimento alle note decisioni giurisprudenziali che avevano definito il c.d. “caso Englaro”, denunciando che, attraverso detti provvedimenti, l’Autorità giudiziaria avrebbe, in realtà, “esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, comunque interferendo con le prerogative del potere medesimo”, avendo “creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall’ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili”; per tal via realizzando “il radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri” in violazione degli artt. 70, 101, comma 2°, e 102, comma 1°, della Costituzione: in altre parole, l’Autorità giudiziaria avrebbe “proceduto all’auto-produzione della disposizione normativa”, attraverso l’adozione di un “atto sostanzialmente legislativo”, così realizzando “la trasformazione del giudice in legislatore”.

3. – Quali gli eventi che concorrono a riproporre oggi il problema della linea di demarcazione tra, da un lato, interpretazione/applicazione e, da altro lato, creazione del diritto da parte della giurisprudenza?

Il primo dato è senz’altro costituito dal moltiplicarsi delle fonti del diritto privato.

Innanzitutto, l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha avocato a sé, così sottraendola al codice civile, l’enunciazione dei principi fondamentali dei rapporti interprivati (dai diritti di libertà a quelli della persona, dalla famiglia alle successioni, dalla salute alla cultura, dalla proprietà all’impresa, dal rapporto di lavoro all’assistenza, ecc.): principi fondamentali – è noto – ben diversi, quando addirittura non opposti, rispetto a quelli consacrati nel codice civile.

Poi il dilagare, disordinato e turbolento, di tutta una legislazione di settore – talora di derivazione comunitaria – ha finito, in pratica, con il sottrarre al codice la disciplina di molte delle materie di più palpitante e conflittuale attualità nella vita economica e sociale del Paese (dai rapporti di lavoro a quelli di consumo, dalle locazioni urbane ai patti agrari, dalla *privacy* alla parità di genere, dal divorzio alle unioni civili, dall’interruzione volontaria della gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, dal credito alla finanza, ecc.): legislazione di settore che – da un lato – si pone spesso in una dichiarata prospettiva di contrapposizione o, comunque, di superamento dell’impostazione codicistica; e che – da altro lato – risulta redatta con una tecnica normativa che solo eufemisticamente potremmo definire approssimativa, in cui le formulazioni testuali, sovente mutuatarie dei gerghi propri delle materie regolate, sono di non facile comprensione, si susseguono in modo disordinato, assumono dimensioni abnormi, si contraddicono, ecc., sicché spesso, appena approvata una legge, si pone la necessità di emendarne il testo per correggere errori, colmare lacune, eliminare incoerenze, ecc.

Infine, l’inarrestabile espandersi di una normativa – disorganica, incompleta ed in costante evoluzione – di derivazione extrastatale (convenzionale o comunitaria) ha finito con il permeare di sé gran parte delle materie privatistiche, con principi e tecniche normative non esattamente in linea con quelli che ci aveva tramandato la tradizione codicistica.

JUS CIVILE



Il moltiplicarsi delle fonti – questo è un secondo dato – ha “caricato” la nostra giurisprudenza ordinaria di compiti prima sconosciuti o non conosciuti nelle attuali dimensioni: da quello di coordinare le previsioni codicistiche con regole e principi di ispirazione diversa, costringendo ad operazioni ermeneutiche ormai tanto consuete da aver assunto una denominazione corrente (“*interpretazione costituzionalmente orientata*”, “*interpretazione conforme*”, ecc.) a quello di effettuare un controllo sulla stessa legittimità degli atti del legislatore ordinario (attraverso il rinvio degli stessi alla Consulta, ove si nutrano dubbi in ordine alla loro compatibilità con le previsioni costituzionali; ovvero attraverso il più drastico meccanismo della “disapplicazione”, ove sussista un contrasto con la normativa comunitaria).

Sempre il moltiplicarsi delle fonti – e questo è un terzo dato – ha, a sua volta, determinato il moltiplicarsi delle Corti.

Alla giurisprudenza ordinaria si sono venute infatti affiancando, prima, la giurisprudenza costituzionale, poi – per ricordare solo quelle di maggior incidenza – la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e quella della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Il che ha imposto quello che è stato efficacemente definito come il “*dialogo*” fra le Corti.

Dialogo reso necessario, innanzitutto, dall’incidenza che, sulla legittimità costituzionale di una norma interna, può avere l’interpretazione che la Corte di Strasburgo fornisce delle norme CEDU; non meno che dalla vincolatività, per il giudice domestico, dell’interpretazione dalla Corte di Lussemburgo fornita ai Trattati ed agli atti normativi dell’Unione.

Dialogo che, in concreto, gioca però un ruolo non marginale anche nell’evoluzione del diritto interno, quale applicato dalle corti: del *jus quo utimur*, per usare la nota locuzione latina.

Così, da ultimo, ad es., mentre l’Italia si preparava alle recenti ferie estive, la nostra Suprema Corte – portando alle estreme conseguenze gli esiti di un dialogo fin qui sviluppatosi fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in tema di accessibilità ai dati identificativi della partoriente che abbia dichiarato di non voler essere nominata – ha statuito (Cass., 21 luglio 2016, n. 15024) che “il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica” debbono ritenersi comunque accessibili *alla sua morte*, quand’anche la stessa, in vita, si fosse sempre dichiarata contraria alla rimozione dell’anonimato; così sostanzialmente “superando” il testuale disposto dell’art. 93, comma 2°, del c.d. codice *privacy* – di un provvedimento normativo, dunque, relativamente recente – ove il legislatore aveva previsto che, laddove rendano identificabile la madre, gli stessi non possano divenire accessibili, se non “*decorsi cento anni* dalla formazione del documento”.

A ciò si aggiunga – e questo è un dato ulteriore – che il proliferare delle fonti ha segnato una sorta di distacco dalla tecnica normativa propria della tradizione codicistica: tecnica imperniata sulla descrizione, ad opera del legislatore, di una “fattispecie” – cioè, sulla descrizione di un fatto astratto – al cui verificarsi lo stesso legislatore ricollega un determinato effetto giuridico. Al giudice non resta che ricondurre il fatto concreto – il “caso” – sottoposto alla sua attenzione alla corrispondente fattispecie astratta delineata dal legislatore (c.d. giudizio sussuntorio) ed applicare ad esso il trattamento previsto dalla norma. Il che, limitando l’autonomia valutativa del giudice, garantisce una ragionevole prevedibilità della sua decisione.

JUS CIVILE



Non è questa però – è a tutti noto – la tecnica normativa adottata, ad es., dalla nostra Carta costituzionale, che, in linea di massima, si articola nell’enunciazione di “*principi*” (cioè, di regole prive di fattispecie) o “*valori*”: centralità della persona, dotata di “diritti inviolabili” solennemente proclamati, ma non tipizzati; eguaglianza morale e giuridica fra i consociati; doveri inderogabili di “solidarietà politica, economica e sociale”; “funzione sociale” della proprietà; “utilità sociale” dell’iniziativa economica privata; ecc. “Principi” e “valori” – per di più – nessuno dei quali è “assoluto”, ma che debbono trovare un necessario contemperamento con altri e diversi “principi” e “valori”, pur essi dotati di rilevanza costituzionale.

Di fronte a norme di tal fatta, il giudice – sia costituzionale che ordinario – non può avvalersi del tradizionale metodo della *sussunzione*, ma deve inevitabilmente rivolgersi a quello del *bilanciamento*, in forza del quale un valore è destinato a prevalere o soccombere a seconda dell’interesse al quale, nel caso concreto, si trova contrapposto. Metodo, quello del bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti, che – implicando un elevato margine di soggettività valutativa – finisce inesorabilmente con l’incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Un discorso in qualche misura analogo può ripetersi, *mutatis mutandis*, anche con riferimento al diritto dell’Unione, dichiaratamente edificato proprio a presidio di taluni “principi” e “valori”: tutela del mercato, libertà della concorrenza, protezione del consumatore, libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, condivisione dei valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà, ecc. Diritto, quello dell’Unione, che – anche per la sua frammentarietà ed il ricorso ad una tecnica normativa ben lontana da quella cui ci aveva abituato il codice – sembra fatto apposta per esaltare il ruolo dell’interprete. Per tacere della posizione del tutto peculiare assunta, al riguardo, dalla Corte di Giustizia, che – per il carattere vincolante delle proprie decisioni – ha finito con l’assurgere, in buona sostanza, a fonte di interpretazione *autentica* del diritto comunitario: interpretazione autentica svolta però – questo è il punto – *in sede giudiziale*.

Ancora un dato merita di essere segnalato.

Una volta sospinta ad operare non più solo con il metodo della sussunzione, ma anche con quello del bilanciamento degli interessi, la nostra giurisprudenza ha finito con il superare anche la propria tradizionale ritrosia ad avvalersi delle (peraltro, relativamente poco numerose) previsioni codicistiche non costruite attorno ad una “fattispecie”: le c.d. “*clausole generali*” (buona fede, correttezza, solidarietà, illecito, ecc.).

A determinare una siffatta resistenza – è noto – ha a lungo concorso anche un pregiudizio di carattere ideologico, nella misura in cui dette previsioni “aperte” (per così dire, “in bianco”) si prestavano ad essere lette come espressione dell’epoca – autoritaria ed interventista – in cui il nostro codice è stato elaborato. Come dimostrato plasticamente, ad es., dal fatto che – nell’unica disposizione codicistica (l’art. 1175) in cui, nel testo originario, si faceva riferimento “ai principi della solidarietà” – il richiamo era non già “ai principi della solidarietà” *tout court*, bensì “ai principi della solidarietà *corporativa*”.

JUS CIVILE



E l'utilizzo che, nel periodo del nazional-socialismo, la giurisprudenza tedesca aveva fatto delle clausole generali contemplate nel BGB giustificava più di una cautela.

Cambiato il clima culturale – e trovata alle clausole generali una diversa copertura ideologica, talora addirittura a livello di Carta costituzionale – la nostra giurisprudenza ha modificato radicalmente il proprio atteggiamento.

È a tutti noto, ad es., che – ritenendo che l'*obbligo di buona fede oggettiva* costituisca “espressione di un generale *principio di solidarietà sociale*, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica” (art. 2 Cost.) – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di “buona fede” non solo per la soluzione di problemi non specificamente affrontati dal legislatore, ma addirittura (attraverso la figura dell’*abuso del diritto*) per “correggere” regole (ritenute) non più adeguate all’evolversi delle esigenze sociali o della coscienza collettiva.

4. – Il discorso potrebbe – anzi, dovrebbe – proseguire ancora a lungo.

Credo, però, che il compito – che mi ero ritagliato, specie a beneficio dei non addetti ai lavori – di mera introduzione all’odierno incontro di studi possa ritenersi ampiamente esaurito e che sia giunto il momento di cedere la parola agli illustri ospiti, che ringrazio per aver voluto accettare l’invito a cimentarsi con un tema tanto attuale, quanto impegnativo.