



CARLO CASTRONOVO

Professore ordinario di diritto civile - Università Cattolica del Sacro Cuore

L'APORIA TRA *IUS DICERE* E *IUS FACERE* *¹

In tempi di grande attivismo giudiziale è normale che ci si interroghi sulla natura vera della funzione giurisdizionale. Si tratta peraltro, come ci viene ricordato², di una 'vetusta questione'. La dottrina delle fonti del diritto che abbiamo appresa sui banchi della nostra prima preparazione giuridica ci ha insegnato che la giurisprudenza non è fonte del diritto. E così pure ci indica, con l'autorità dalla quale quella dottrina traeva forza, l'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, che di quella dottrina era a propria volta il frutto. Del resto, il tanto considerato liberale Codice civile svizzero, che subito al comma 2 dell'art. 1 attribuisce al giudice il potere di decidere <secondo le norme che egli stesso adotterebbe ove fosse investito della potestà legislativa>, ciò prevede solo per il caso di <mancanza di una disposizione di legge applicabile>, per poi precisare all'art. 4 che il giudice decide secondo equità solo quando sia la legge ad autorizzarlo³: modello al quale corrisponde grosso modo l'art. 1374 del codice civile italiano, che in materia di contratti prevede l'integrazione secondo equità ad opera del giudice, ma solo in mancanza di legge e di usi.

E anche l'art. 4 del *Code*, che obbliga il giudice a decidere anche in assenza di norma legislativa, gli attribuisce un potere creativo che però al tempo non fu inteso nel senso di associarlo all'idea di una giurisprudenza fonte del diritto.

La riprova si trova nella norma successiva del *Code*, l'art. 5, che fa divieto al giudice di decidere in via generale, indicando implicitamente a che cosa corrispondesse o meglio a che cosa non corrispondesse l'idea di fonte del diritto agli albori delle codificazioni moderne: sono solo le norme generali e astratte quelle alle quali va riconosciuta la natura di fonte del diritto. Dal combinato disposto, come si diceva una volta tra i giuristi e oggi viene ripetuto spesso impropriamente dai non giuristi, quel che si può trarre, al massimo, è l'idea che la giurisprudenza sia fonte del diritto solo come eccezione. Ma l'eccezione non è la regola, e anzi la conferma, la quale risulta allora quella di generale negazione della qualità di fonte del diritto alla giurisprudenza, più precisamente alla norma giurisprudenziale.

* 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.

¹ Sulla trasformazione del *ius dicere* inteso come *legem ferre* in *iurisdictionis* nel significato di riespressione pura e semplice di quanto è scritto nella legge, cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, p. 58.

² R. Guastini, *Le fonti del diritto*, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2010, p. 371.

³ Cfr. *Berner Kommentar*, I, Bern, 2012, p. 748, 758.

JUS CIVILE



Questa linea di diritto positivo combacia con quanto afferma Riccardo Guastini: che « la contrapposizione corrente tra legislazione e giurisdizione è largamente fondata sulla netta distinzione tra prescrizioni generali (legislative) e prescrizioni individuali (giurisprudenziali)»⁴, le prime fonti le seconde non fonti del diritto.

Ma l'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale è stato schiantato dalla Costituzione repubblicana. Nel momento in cui si è rivelato ignaro della fonte per eccellenza, esso è risultato incapace di riflettere con qualche attendibilità la struttura portante dell'ordinamento costituita dalle fonti, e perciò oramai privo di qualunque forza normativa. Di esso sul piano sostanziale si è potuto fare un più o meno attendibile restauro integrandolo con le fonti indiscutibili, ma sul piano formale deve ritenersi abrogato, in particolare perché eleva al rango primario delle fonti la legge ordinaria, la quale fonte primaria non è più.

Quanto alla natura del potere giurisdizionale, tuttavia, anche la nuova fonte preminente non sembra ammettere dubbi circa la funzione servente e secondaria di esso rispetto alla legge, nel momento in cui proclama che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, co. 2), ove l'esclusione di altre soggezioni ribadisce ed enfatizza quella essenziale alla legge, rispetto alla quale la giurisdizione risulta immaginata come potere subordinato, se non sul piano del valore, in quello della necessaria consequenzialità rispetto alla fonte legislativa. In questo senso suona addirittura l'idea che se ne trae da uno scritto notoriamente inteso come volto a magnificare l'attività del giudice in un ordinamento di *common law* come quello statunitense, quello che il giudice Cardozo dedicò alla natura della giurisdizione. In esso per definizione ci si aspetterebbe che il *judge made law* fosse esaltato fino al punto di farne il nucleo identitario dell'ordinamento. Invece l'autore inquadra *in limine* il tema in una struttura dell'ordinamento che più kelseniana non potrebbe essere: « la costituzione prevale sulla legge ordinaria, ma quest'ultima, se è conforme alla costituzione, prevale sul diritto giudiziale. In questo senso – egli continua – il diritto giudiziale è secondario e subordinato alla legge»⁵.

Questo, però, significa soltanto che la decisione giudiziale non può andare contro la legge, ma non ne viene messa in dubbio la natura di fonte del diritto che notoriamente la sentenza ha negli ordinamenti di *common law*, la quale è tale salvo che contrasti con una norma di legge vigente e rimane tale fino a quando una norma di legge non la contraddica. Qualora lo stesso modello fosse applicabile ai sistemi di legge scritta, volendo riferirci a titolo esemplificativo a una vicenda legislativa recente, se fosse vero che la c.d. legge Balduzzi, operando l'inquadramento della responsabilità del medico nell'art. 2043 c.c., ha inteso mettere fine alla giurisprudenza che qualificava quest'ultima come effetto di un contatto sociale qualificato in grado di dar vita a un'obbligazione senza prestazione, la fonte legale, in quanto preminente, dovrebbe ritenersi

⁴ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1998, p. 101.

⁵ B.N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1921, p. 14. Una critica disincantata di questo celebre scritto si trova in G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven and London, 1977, p. 76 s.

JUS CIVILE



abrogativa della precedente giurisprudenza⁶. Proprio nel momento in cui qualifichiamo come abrogazione quella di una legge che si contrappone alla giurisprudenza, avvertiamo però l'improprietà del termine, dato che l'abrogazione nella tradizione europeo-continentale sembra riservata alla legge nei confronti di un'altra legge, secondo quanto nel nostro ordinamento suggerisce l'art. 15 disp. l. gen. E se la categoria dell'abrogazione contiene un'eccedenza di significato, e dunque per superare una giurisprudenza pur consolidata non è necessaria alcuna abrogazione, la qualifica di fonte del diritto che si intenda attribuire all'istanza giurisdizionale sembra risultarne sconfitta in partenza.

In effetti in un sistema non di precedente, come è ogni ordinamento di diritto scritto, qualunque sentenza successiva può smentire una giurisprudenza pur dominante senza incappare in un vizio di invalidità; mentre così non è rispetto alla legge, che invece va rispettata e applicata, onde la violazione di legge rende impugnabile la sentenza. Invero l'art. 360, co. 1, n. 3) in materia di ricorso per cassazione fa parola di violazione o falsa applicazione di norme di diritto, e tale dato testuale sembrerebbe lasciare aperta piuttosto che chiudere la questione se la norma in questione intenda fare riferimento anche alla giurisprudenza. Ma è proprio il prima richiamato art. 101 cost., che, nel dichiarare il giudice soggetto soltanto alla legge, in negativo significa che esso non lo è ai precedenti. E allora l'idea della giurisprudenza come fonte del diritto sembra sfumare.

Tuttavia non si può negare che relativamente al rapporto oggetto del giudizio la sentenza passata in giudicato costituisce regola per le parti, i loro eredi o aventi causa, come pure impone l'art. 2909 c.c. Questa norma, invero, prudentemente fa parola di 'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato'. Ma è altrettanto sicuro che fin quando non vi sia questo 'accertamento', il rapporto è privo della sua regola. E perciò, sempre secondo Guastini, «se si conviene che il diritto includa sia norme generali sia norme individuali, anche la giurisdizione, in quanto creazione di norme individuali, è creazione di diritto»⁷. Lo stesso autore di questa affermazione si premura tuttavia di dire che «in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto *nello stesso senso* in cui diciamo che crea diritto la legislazione. L'espressione 'creazione di diritto' acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e deciderne il significato sono attività evidentemente diverse, tanto quanto scrivere e leggere»⁸. In questo modo però si sovrappongono a loro volta due creatività: quella dell'interpretazione e quella della giurisdizione, le quali invece vanno tenute distinte. E invero se le due cose coincidessero, la questione che abbiamo vista essere detta vetusta circa la natura creativa o no della giurisdizione, sarebbe risolta da tempo, da quando cioè la natura creativa o la creatività concorrente dell'inter-

⁶ Vicenda analoga si è verificata in Francia, con la legge c.d. *anti-Perruche*, che ha inteso contrapporsi alla giurisprudenza della *Cour de Cassation* attributiva di un diritto di risarcimento del danno al nato della cui malformazione il medico non avesse correttamente informato la donna gravida.

⁷ Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 101.

⁸ Guastini, *op. cit.*, p. 401.

JUS CIVILE



pretazione non ha più potuto essere plausibilmente negata. Se la questione è rimasta e ancora oggi la troviamo di fronte a noi, la ragione sta proprio nella non identificabilità della funzione creativa della giurisprudenza con la creatività dell'interpretazione⁹. Certo di quest'ultima partecipa anche la *iuris dictio*, nel momento in cui individua la norma applicabile e ne sciorina il significato. Ma la pronuncia del giudice non consiste soltanto nella lettura e spiegazione del significato della norma. Ciò che la caratterizza rispetto all'interpretazione *tout court* è il suo essere decisione, atto di imposizione di una volontà che è manifestazione di un potere¹⁰: quello che nessuna interpretazione per quanto autorevole come tale è in grado di avere. Questo appare chiaro agli osservatori esterni del fenomeno giuridico¹¹, quando colgono la specificità dell'interpretazione giuridica nel suo essere prodromica a un'applicazione, con la quale tuttavia quella non si identifica. Proprio nel momento in cui la si paragona all'interpretazione che possiamo dire pura, la sentenza manifesta il suo essere altro e in questo la sua normatività.

Si tratta però di una normatività debole. Da un lato infatti abbiamo appena visto l'ineluttabilità per le parti della decisione definitiva del giudice, dall'altro pure che le sentenze, anche quelle a sezioni unite della Cassazione, non vincolano il giudice successivo, per il quale tutt'al più hanno un valore altamente suggestivo. Significativamente lo sottolinea Josef Esser, il quale pure è uno degli autori che in Germania più ha contribuito a mettere in evidenza la natura creativa dell'interpretazione: «i precedenti non sono fonti del diritto, ma indizi per una conoscenza e una decisione giuste di fronte a indicazioni dubbie provenienti dai modelli legali di disciplina... (e) il giudice non è vincolato dai precedenti, ma solo dal diritto materiale»¹². Da questo punto di vista si comprende infine l'affermazione riferita prima, secondo cui la negazione alla giurisprudenza della dignità di fonte del diritto corre lungo il filo della distinzione tra norme generali, legislative e fonti di diritto, e norme particolari, frutto della giurisprudenza¹³, alla quale sembra doversi negare la qualità di fonte di diritto se e fino a quando non riesce ad essere vincolante neppure per se stessa¹⁴.

In questo senso suona una non recente sentenza del Tribunale federale germanico, citata *ad*

⁹ Esemplare in questo senso è la posizione di F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, rist., II, Paris, 1954, p. 33 s., il quale distingue due accezioni dell'espressione *pouvoir prétorien de la jurisprudence*: la prima coincidente con l'idea creativa dell'interpretazione quando questa sia dovuta ai giudici, la seconda significante un vero e proprio potere di fonte formale del diritto; questa seconda accezione l'a. nega decisamente.

¹⁰ V. O. v. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, p. 6 (ed. it., Seregno, 2012).

¹¹ V., in particolare, H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, ed. it., Milano, 2012, p. 681, 687. Gadamer identifica il giurista con il giudice, parlando di una comprensione che è funzionale all'applicazione, per poi negare che l'applicazione «appart(enga) in modo essenziale e necessario alla comprensione».

¹² J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl, in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972, p. 195, 196 nt. 16; K. Larenz, *Der Richter als Gesetzgeber*, in Festschr. f. H. Henkel, Berlin-New York, 1974, p. 32 s..

¹³ In questo senso v. già Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 59.

¹⁴ Cerca di esserlo la Corte europea di giustizia, la quale nelle sue decisioni continua a citare i propri precedenti alla maniera dei giudici anglosassoni. Ma il contesto normativo entro il quale si muove la CEG non consente di accreditare le proprie decisioni come fonti di diritto (cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 227 s., 235). Altra cosa è che la Corte se ne serva come espressione di continuità e di razionalità del sistema.

JUS CIVILE



hoc da Karl Engisch, secondo la quale non è conciliabile con la divisione dei poteri che il giudice «abbia a risolvere il suo compito di reperire il diritto, in caso di necessità, anche al di là della legge in maniera tale da reperirlo mediante atti di volontà in base a punti di vista di opportunità, invece di ricorrere al semplice sviluppo di un principio di diritto»¹⁵. Per Engisch: «un problema è poi stabilire... la funzione della legislazione da un lato e dell'applicazione del diritto dall'altro... il ruolo che l'applicazione del diritto assume o deve assumere nei confronti della legge¹⁶». E continua: «Io sono piuttosto dell'avviso che l'intero problema non sia ancora definitivamente risolto e che, come tutti i problemi di fondo, non si potrà mai risolverlo in modo definitivo»¹⁷. Egli fa balenare un'idea di soluzione: «Ci si dovrebbe...chiedere se non si sia formato un diritto consuetudinario, che autorizza il giudice ad attribuire al testo di legge, distaccandosi dalla volontà del legislatore storico, un senso attuale, razionale, conforme allo scopo»¹⁸. Da qui il passo verso l'affermazione che, allora, il diritto giudiziale possa ritenersi diventare fonte di diritto nella forma della consuetudine, il passo sembrerebbe breve. Taluno ha parlato infatti di 'vincolatività presuntiva dei precedenti'¹⁹. Ma proprio a questa affermazione Esser reagisce, negando al precedente la dignità di fonte del diritto²⁰. Egli parla anzi di errore a proposito dell'idea che attribuisce al diritto giurisprudenziale il rango di diritto consuetudinario²¹.

Questa precisazione rende giustizia a quella che appare una naturale distinzione tra consuetudine e giurisprudenza anche nel caso in cui si possa parlare di giurisprudenza costante; ma si tratta di spiegarla. Ora la consuetudine è regola di diritto sostanziale che disciplina la condotta dei consociati, i quali traggono convincimento della sua normatività dal fatto di continuare ad osservarla²²; mentre della giurisprudenza diventata consuetudine i consociati non osserverebbero la norma materiale che di volta in volta è oggetto di quest'ultima, ma casomai attribuirebbero normatività alla regola che riconosca la giurisprudenza come fonte del diritto. La differenza si può inquadrare nella diversità tra norme d'azione e norme di qualificazione; e a me sembra che solo le prime possano costituire consuetudine. E poiché riconoscere una fonte di diritto è una questione di qualificazione, parlare di un riconoscimento consuetudinario non ha senso.

Nonostante questa precisazione, sembra che la domanda circa la natura della funzione giurisdizionale sia condannata a una risposta di doppia verità, la quale peraltro non sarebbe nuova nelle cose del diritto, se addirittura affligge alla radice la questione dell'interpretazione, posta di

¹⁵ BGH, JZ 54, p. 155 (cit. da K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it., Milano, p. 254).

¹⁶ K. Engisch, *Introduzione*, cit., p. 147.

¹⁷ Engisch, *op. cit.*, p. 150

¹⁸ Engisch, *op. loc. cit.*

¹⁹ M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 258 s., cit. da Esser, *op. cit.* p. 195.

²⁰ *Vorverständnis*, cit., p. 195, 196, nt. 16.

²¹ *Vorverständnis*, cit., p. 196: «rechtsirriges Vorstellungen von "richterlichem Gewonheitsrecht"». Sulle posizioni di Esser di Kriele, v. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, 2007, p. 11 s., 14 s.

²² G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, 10, Leipzig 1893, p. 18.

JUS CIVILE



fronte all'alternativa tra teoria soggettiva e teoria oggettiva. Dice infatti in proposito Larenz²³ che «ciascuna delle due teorie contiene una parte di verità, onde nessuna delle due può essere accolta senza limitazioni». Infatti in maniera analoga Guastini dà risposta al nostro problema distinguendo due piani di discorso: quello statico, nel quale la giurisprudenza, come istanza applicativa della norma di legge, proprio per questo non è fonte ma una sorta di canale di distribuzione di una normatività che sgorga *aliunde*; quello dinamico, nel quale la normatività della giurisprudenza non può essere negata, solo che si accetti la normatività della regola individuale contenuta nella sentenza²⁴. E però viene fatto di pensare che se la giurisprudenza, diversamente dalla legge, soddisfa il canone della normatività solo su uno dei due piani, il confronto con quella che da sempre è ritenuta la fonte del diritto per eccellenza la situa fuori dal novero delle fonti. Questa conclusione diventa inesorabile se pensiamo al giudice penale, astretto come Prometeo al principio di legalità, che sembra negare definitivamente ogni velleità a una qualche idea di giurisprudenza creativa.

Ma se l'interpretazione non è pura parafrasi, nel momento in cui dà contenuto all'atto decisivo fa sì che quest'ultimo non possa essere considerato di mera applicazione. E questo accade anche nel diritto penale. Quando si dice che le stesse categorie fondamentali del diritto penale, come causalità, dolo, colpa, concorso nel reato «possono subire nella prassi processuale adattamenti o forzature»²⁵, sembra disinnescarsi definitivamente l'idea di una giurisprudenza come *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Questa celebre frase montesquieiana²⁶ viene richiamata normalmente per rilevare la distanza che corre tra l'idea tradizionale e l'idea moderna di interpretazione. Ma non si deve dimenticare che in origine (e qui cadiamo nel paradosso della teoria dell'interpretazione che pur essa ha bisogno dell'interpretazione ai fini della sua formulazione) l'affermazione traeva significato e si innestava nella teoria della separazione dei poteri²⁷; onde era precisamente alla sentenza del giudice che l'autore intendeva negare significato creativo. Invece l'innesto dell'interpretazione nella funzione decisoria supera il piano di semplice attualizzazione di un significato, e dà ragione della funzione creativa della giurisprudenza: il giudice che filtra nella sentenza un'interpretazione che è inevitabilmente incrementativa di senso rispetto alla legge configurando il rapporto che corre tra le parti, aggiunge normatività nuova all'interno della cornice preesistente costituita dalla legge. Gadamer parla, in proposito, di fun-

²³ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III, Berlin-Heidelberg-New York, 1975 p. 303: *jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwarheit zugrunde; daher kann keine ohne Einschränkung akzeptiert werden*.

²⁴ Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 101.

²⁵ G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 77; e v. Zaccaria, *op. cit.*, p. 26 s.

²⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, ove pure si legge che «i giudizi devono essere certi (*fixes*) a tal punto da essere «un testo preciso della legge»».

²⁷ Cfr. per tutti F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, p. 58 s., il quale peraltro sembra identificare indebitamente la funzione creativa della giurisdizione, la quale si pone sul piano della norma, con la (possibile) natura costitutiva della sentenza, la quale si pone sul piano dei diritti. Dal punto di vista normativo sia la sentenza dichiarativa che quella costitutiva sono applicazione della legge.

JUS CIVILE



zione creativa e integrativa del diritto ad opera del giudice, relativamente al quale aggiunge che esso «però è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica»²⁸.

Questo partecipare, di un autore tanto significativo nel mutamento di paradigma relativo all'interpretazione che ha portato quest'ultima dalle sponde della pura dichiaratività a quelli della sua natura creativa, dell'idea che nega alla giurisprudenza la prerogativa di fonte del diritto ci illumina circa il piano sul quale si situa questa idea. Esso è bensì originariamente un piano normativo, come abbiamo indicato all'inizio, ma da questo si è trasposto su un piano culturale generale onde proprio per questo è difficile superarlo nonostante che, come pure abbiamo visto, lo stesso ordinamento, quello italiano per quanto ci riguarda direttamente, mostra di non essere più identificabile per questo aspetto con l'art. 1 disp. l. gen. E' la tradizione dello stato borghese liberale che, nel teorizzare la tripartizione dei poteri, ha potuto qualificare come 'invisible et nulle'²⁹ la giurisdizione. Tanto forte è stata questa tradizione che lo stesso Carl Schmitt³⁰, che dello Stato liberal- borghese non può dirsi un cantore, la accredita come ovvia. E certo se ne coglie anche il significato importante di bastione della legalità, eretto bensì a protezione della libertà individuale ma espressione di un garantismo più ampio perché duplice: uno rivolto al cittadino, l'altro allo stesso giudice, di ambedue ergendosi ad usbergo la legge: onde nel momento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, è di questa servitore e non può trascenderla violando la libertà individuale, che dalla legge è appunto garantita. Le due libertà, del giudice e dell'individuo sono legate a doppio filo³¹: in quanto fondate sullo stesso segno della legge, il giudice non può violare la seconda senza avvertire che allora anche per la propria libertà suona la campana. Dunque libertà del cittadino e libertà del giudice, ambedue sotto la legge perché è questa che nel limitarle, come pure è necessario alla corretta convivenza, le difende all'esterno contro ogni indebita intrusione. Così la giurisdizione che intende salvaguardare la propria libertà deve necessariamente limitarla entro i confini che la legge le assegna, confini che sono quelli dell'incremento di significato normativo del dato legislativo che filtrato dalla decisione giudiziale diventa regola del caso concreto. Sta qui, come dicevo prima, la differenza rispetto all'interpretazione *tout court*, la quale è bensì sviluppo e aggiunta di significato, ma non è normativa fino a quando non sia adottata dalla giurisprudenza.

E se per la legge *stat pro ratione voluntas*, per il giudice, al contrario, *stat pro voluntate ratio*: la decisione si legittima non come puro atto di volontà, ma come volontà che manifesta un

²⁸ Gadamer, *Wahrheit*, cit., p. 680 s.

²⁹ Montesquieu, *op. loc. cit.*

³⁰ Dottrina della Costituzione, trad. it., Milano, 1984, p. 247, il quale di fronte all'idea di Montesquieu, che qualifica la giurisdizione come un potere – non potere (*invisible et nulle*), commenta: «rimane quindi di vero interesse soltanto la distinzione tra legislativo ed esecutivo».

³¹ Schmitt, *op. cit.*, p. 210., il quale significativamente, di seguito alla frase «solo finché ci si attiene al carattere generale della legge, i giudici sono indipendenti», afferma che «l'antico principio dello Stato di diritto *nulla poena sine lege* presuppone una norma generale».

JUS CIVILE



rationabile obsequium, non ad altro se non alla legge. Certo c'è stata una stagione nella quale la *ratio* rinvenuta dal giudice come *ratio legis* era considerata talmente forte da potersi opporre alla stessa legge: e fu precisamente la stagione che precedette la codificazione e l'affermarsi della struttura tripartita dei poteri dello Stato. Ludovico Antonio Muratori³² ricorda come il cardinal De Luca raccomandasse ai giudici di «anteporre la stessa ragione alla legge», che però, intesa come *ratio legis* da contrapporre alla lettera della legge³³ era diventata, come dice Muratori, causa di una «giurisprudenza arbitraria nei giudici più che in addietro». Si tratta del risvolto negativo dell'idea corrente nella stagione del diritto comune, secondo la quale i testi del Digesto non potevano considerarsi fonti legislative nel senso moderno del termine, ma che tali essi diventavano mediante la mediazione giudiziale³⁴. Perciò il codice fu teorizzato prima, e si instaurò poi, come fonte antitetica alla giurisprudenza, l'unico in grado di eliminarne o almeno ridurne i 'difetti'³⁵ secondo la terminologia del Muratori, e infine adottato con l'ordine impartito ai giudici di trovare in esso la soluzione del caso concreto: il giudice deve trovare nella legge la regola da adottare nella decisione e non può addurre a scusa, pena la violazione del suo dovere di pronunciare, *il silenzio, l'oscurità o l'insufficienza della legge*, come prevede l'art. 4 *Code civil*.

Il giudice deve dunque fare capo necessariamente alla legge, per scoprirne eventuali lacune o maldestrezze o incongruenze, ma proprio perché non può sottrarsi all'obbligo di decidere sviluppa quella 'riformulazione progressiva' (*Fortbildung*) e anche integrazione che rende possibile al sistema di funzionare, pena il ritorno inconcepibile al *référé législatif*. Il giudice 'servo della legge'³⁶, come pure è stato detto con espressione forte, potrà essere stato teorizzato, ma è lontano dalla storia quanto l'idea di un legislatore onnipotente. Non è stato certo un caso che alla fine dell'ortodossia dell'*exégèse* e della pandettistica in Europa siano fioriti Gény³⁷ e la *Freirechtslehre* così come il realismo giuridico negli Stati Uniti dopo Christopher Columbus Langdell³⁸. E facendo perno in particolare sull'incompletezza della legge, da non confondersi con

³² *Dei difetti della giurisprudenza*, Milano, 1958, p. 116 s.

³³ P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, p. 168, ricorda come mediante il richiamo alla *causa* o *ratio legis* gli interpreti medievali si aprissero la strada per il superamento della legge intesa nei suoi limiti testuali, e come l'invito alla *ratio* fosse contenuto già nella Glossa accusiana. Peraltro già dei Romani era l'idea che *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Celsus, D. 1,3,17)

³⁴ Esser, *Vorverständnis*, cit., p. 192.

³⁵ Cfr. F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, rist., II, Paris, 1954, p. 15 s.

³⁶ Come lo epiteta Grossi, *op. cit.*, p. 168.

³⁷ Quest'autore, *Méthode et sources*, cit., p. 35, tuttavia, come abbiamo visto, nega alla giurisprudenza il valore di fonte formale del diritto, argomentando dal divieto, contenuto tra altre fonti nell'art. 5 *Code civil*, rivolto ai giudici di formulare norme generali con pretesa di applicazione a fatti diversi da quelli oggetto della controversia decisa. Gény, *op. cit.*, p. 38, reputa che in caso contrario si instaurerebbe un sistema di precedente, del tipo di quello riconosciuto nel Regno Unito e negli Stati Uniti, che egli reputa del tutto estraneo alla tradizione francese.

³⁸ Su questo padre della Harvard Law School, fedele all'idea della scientificità del discorso sul diritto e della riducibilità di quest'ultimo a sistema; e sul realismo giuridico che si rivoltò contro di esso all'insegna di un pluralismo consapevole della frammentarietà dell'esperienza, v. G. Gilmore, *The Ages of American Law*, cit., p. 42 s.

JUS CIVILE



lacunosità³⁹, Oskar von Bülow⁴⁰ tolse definitivamente al giudice la qualifica riduttiva di portavoce del legislatore.

Abbiamo detto prima che, al di là del profilo di diritto positivo la negazione alla giurisprudenza della qualifica di fonte del diritto va colta sul piano culturale, ove a un certo punto della storia i difetti della giurisprudenza sono apparsi troppi e insopportabili e di questa hanno suggerito il declassamento da fonte di diritto quale sicuramente era prima della codificazione. Accertato che il vincolo normativo che rifletteva questo assetto delle fonti escludendone la giurisprudenza è oramai perento, possiamo chiederci se pure sul piano culturale si possa dire maturata una nuova prospettiva di superamento plausibile della precedente. Avvizzita un po' o addirittura appassita la codificazione, e le leggi non brillando né per la loro fattura né per il rispetto che dovrebbero incutere, sull'onda di una ognora crescente idea della natura non meramente riproduttiva dell'interpretazione possiamo dire che la questione relativa alla giurisprudenza, e in particolare se essa sia fonte di diritto o no, è naturalmente riaperta. Lo testimonia la compresenza in dottrina di risposte positive e negative a questa stessa domanda⁴¹ e alla difficoltà di ogni autore, di qua e di là del fronte, di attenersi coerentemente all'idea sostenuta.

Da un lato anche il più ortodosso cultore della scansione tradizionale delle fonti del diritto non può negare che la rappresentazione dell'ordinamento sia come intero sia nelle sue partizioni non può essere ridotta al dato legislativo⁴². D'altra parte nei sistemi di legge scritta la giurisprudenza non si spiega se non mediante il riferimento a un dato positivo costituito dalla legge, dalla quale ogni decisione trae giustificazione e prima ancora valore: in questo senso la giurisprudenza è essenzialmente interpretazione e applicazione di norme che la precedono e ne costituiscono oggetto necessario di ricognizione. Il punto di mediazione teorica, che voglia essere il riflesso della consapevolezza e del dibattito attuali, può allora fissarsi attendibilmente nell'idea che la giurisprudenza è fonte del diritto, ma lo è, come prima abbiamo affermato in quanto fonte secondaria. Volendo esemplificare, questo significa che la giurisprudenza non ha il potere di coniare nuove situazioni soggettive, com'è accaduto o può sembrare sia accaduto quando essa ha accreditato in termini generali la *chance* come occasione la cui perdita ad opera di altri genera responsabilità nei confronti di questi ultimi⁴³ o il diritto all'integrità del patrimonio⁴⁴.

³⁹ La lacuna, secondo la definizione di Engisch (*Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 217 s) e di Larenz (*Methodenlehre*, cit., p. 358), è l'ammacco di una disposizione, in contrasto con il disegno voluto dal legislatore; l'incompletezza è una qualità connessa al linguaggio (A. Belvedere, *Scritti giuridici*, I, San Giuliano milanese, 2016, *passim*, parla di vaghezza, che con l'interpretazione si riduce ma non si elimina) nel quale da ogni parola si diparte una raggiera di significati, tra i quali all'interno del giudizio la scelta è orientata (anche) dalla prospettiva del caso concreto. In questo senso Bülow, *op. cit.*, p. 30, chiama la legge 'un frammento di profezia terrena' (così l'ed. it., cit., p. 32).

⁴⁰ *Gesetz und Richteramt*, cit., spec. p. 28 s.

⁴¹ Cfr. B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. M., 1973, p. 457 s.

⁴² V. per tutti K. Larenz, *Der Richter als Gesetzgeber*, cit., p. 42 s.

⁴³ Cfr. C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 32 s., con riferimento all'idea espressa in Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*,

JUS CIVILE



Può, invece, la giurisprudenza, nel concretizzare una clausola generale, qualificare come meritevole di tutela un interesse che nel caso concreto si adduca a fondamento di una tutela prevista dalla legge.

Dunque la giurisprudenza si esplica nel fornire tessuto alla struttura essenziale costituita dalla legge. Se vogliamo usare un'immagine, il rapporto tra legge e giurisprudenza si può descrivere nei termini di quello tra l'ordito e la trama. Se si va alla definizione di questi due concetti, essi calzano infatti perfettamente al rapporto che intendiamo descrivere. L'ordito si definisce come «tutti quei fili destinati a formare la lunghezza del panno che si ha da tessere sul telaio»; e la trama è «il complesso dei fili che, attraversando l'ordito, costituisce il ripieno di una tessitura»⁴⁵: essa, con un accostamento che può apparire iperrealistico, si assomiglia alla nervatura e ai muscoli che si aggregano intorno alla struttura ossea. La giurisprudenza non può prescindere dall'ordito della legge, salvo che sia quest'ultima ad autorizzarla a farne a meno; essa, come afferma Esser⁴⁶, non ha un autonomo ambito o territorio normativo. Egli ne conclude che la giurisprudenza non è fonte di diritto; ma questo contrasta con l'idea che l'autore stesso perora, di una giurisprudenza che è integrativa della legge anche quando non si tratta di colmarne lacune⁴⁷.

Per scendere al livello del nostro diritto positivo, se si vuole prendere atto pianamente di questa funzione incrementativa del diritto vigente che la giurisprudenza ha, quando la Cassazione⁴⁸, non per colmare una lacuna, ma solo per confermare un criterio giurisprudenziale di liquidazione del danno alla persona in ossequio al principio di eguaglianza troppo chiaramente violato per la frequenza e numerosità dei casi che se ne discostano, dichiara violazione di legge la decisione non conforme, nonostante questo contrasti con la nostra cultura dei rapporti tra legge e giurisprudenza non fa che standardizzare la *Konkretisierung* della disciplina del risarcimento nel danno alla persona. E negare forza normativa a questa 'determinazione concretizzante' significa porsi contro il principio di realtà⁴⁹. La non applicazione di questo indirizzo interpretativo di fonte giurisprudenziale perciò, diversamente da quanto afferma la Cassazione, non va qualificata in termini di violazione di legge cioè di non «conformità della valutazione equitativa del

1986, I, 390, secondo cui la *chance* «è anch'essa un bene patrimoniale (...) la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile (purché) ne sia provata la sussistenza».

⁴⁴ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III, Milano, 2006, p. 110 s., 127 s.

⁴⁵ F. Palazzi, *Novissimo dizionario della lingua italiana*, alle voci.

⁴⁶ *Vorverständnis*, cit., p. 196 s.

⁴⁷ *Op. ult cit.*, p. 197.

⁴⁸ Cass. 7 giugno 2011, n. 12408: «la Corte di Cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto (che contempla anche l'art. 1226 cod. civ., relativo alla valutazione equitativa del danno), fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona» (n. 3.2.1).

⁴⁹ Lo stesso vale per altre esperienze giuridiche nazionali. In Germania, ad esempio, la giurisprudenza ha adottato la regola secondo cui l'eccessiva onerosità che costituisce, a tenore del § 251 (2), il limite del risarcimento in forma specifica, è costituita da un costo che superi del 30% circa il valore del bene danneggiato (cfr. Jauernig, *BGB*, XV, München, 2014, *sub* § 251,3).

JUS CIVILE



danno (non patrimoniale) alle disposizioni di cui all'art. 1226 c.c. e art. 2056 c.c., comma 1», bensì come violazione della norma giurisprudenziale che identifica in certe tabelle prestabilite il criterio di conformità alle norme di legge richiamate. La ripulsa che istintivamente ha investito la formulazione della Cassazione⁵⁰, favorita dallo stesso schermarsi di quest'ultima dietro la formula della violazione di legge⁵¹ dopo avere insinceramente chiamato «operazione di natura sostanzialmente ricognitiva» l'ordine di rifarsi alle dette tabelle, può essere imputata alla nostra abitudine – e prima abbiamo parlato di cultura- di identificare il diritto con la legge⁵². Abitudine che è stata addirittura enfatizzata nella precisazione che la Cassazione ha ritenuto di fare in una sentenza recentissima, con le parole che « il valore delle tabelle milanesi riconosciuto dalla sentenza n. 12408 del 2011 va inteso... non già nel senso ...che le dette tabelle ed i loro adeguamenti siano divenute esse stesse in via diretta una normativa di diritto, che occorrerebbe necessariamente qualificare all'interno della categoria delle fonti per come regolata ... dall'art. 1 preleggi...bensì nel senso che esse integrino i parametri di individuazione di un corretto esercizio del potere di liquidazione del danno non patrimoniale con la valutazione equitativa normativamente prevista dall'art. 1226 c.c.»⁵³. Dopo aver fatto il passo, la Cassazione si ritrae di fronte all'idea di essersi proclamata fonte di diritto. Mentre, coerentemente e senza sotterfugi, avrebbe dovuto riconoscere la forza normativa del criterio adottato in funzione di concretizzazione della norma di legge. Il diritto, dobbiamo forse ancora impararlo, si veste della fonte che di volta in volta gli appartiene⁵⁴.

Ma la sentenza, pur della Cassazione, non è la legge: e però, se altri giudicati riterranno che diversa debba essere la regola, potranno affermarlo altrettanto legittimamente perché, come continua a prescrivere l'art. 101 cost., « i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Lo stesso deve dirsi in materia di rapporti tra Corte europea di giustizia e giudici nazionali. Una volta chiarito che in base al Trattato o ai Trattati nessuna norma induce a pensare al principio del precedente, le decisioni della CEG potranno essere state corredate da quest'ultima del

⁵⁰ V. per tutti F. Busnelli, *La liquidazione del danno alla persona nella r.c.a. tra legge, giurisprudenza e tabelle valutativa*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 596 s.

⁵¹ La Cassazione cerca di rendere ancora più delicato il suo intervento, precisando che «occorrerà che il ricorrente si sia specificamente doluto in secondo grado, sotto il profilo della violazione di legge, della mancata liquidazione del danno in base ai valori delle tabelle elaborate a Milano» (n. 3.2.6).

⁵² Correttamente, invece, Cass. 2 maggio 2015, n. 10263, aderendo a Cass. n. 12408/2011, qualifica la mancata osservanza delle tabelle come «violazione di norma di diritto ... ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3».

⁵³ Con la conclusione che allora «la natura delle tabelle così ricostruita esclude ... che esse, una volta deliberate, assumano il valore di normativa di diritto in via diretta, in quanto esse non sono espressione di una fonte di produzione di norme di diritto» [Cass. 10 maggio 2016, n. 9367 (n. 3.4, 3.5)].

⁵⁴ In questo senso mi sembra suoni l'affermazione di Zaccaria (*La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 54), che «ritorna forse attuale la formula lockiana ... per la quale i poteri sono veramente plurali, collocati in ambiti diversi e l'uno non dipende dall'altro». A ognuno di questi poteri, però, va riconosciuto il livello suo proprio. Concludere perciò che tutto si risolva in una «scelta tra diversi livelli di normatività e vincolatività», nel quale «l'uso stesso delle fonti diviene un problema squisitamente ermeneutico» (*op. cit.*, p. 52), finisce con il dissolvere lo Stato di diritto nell'imponderabilità dell'interpretazione.

JUS CIVILE



diritto al risarcimento del danno⁵⁵ per violazione del diritto unitario inteso come diritto interpretato e applicato dalla stessa CEG, ma ciò non incide sulla portata formale delle sue decisioni: queste ultime faranno stato all'interno del giudizio nazionale che ha portato al rinvio alla CEG e alla sua decisione, ma non al di fuori di esso (art. 267 TFUE). Proprio il ripiego sul risarcimento del danno nei confronti degli Stati la cui giurisprudenza devia da quella della Corte di Lussemburgo sta a testimoniare che il vincolo di precedente non sussiste e dunque, per dirla con Cardozo⁵⁶, che il giudice europeo *può* con questo meccanismo, da esso stesso inventato, imporre la sua giurisprudenza, ma *non ne ha il diritto*: il suo è un mero potere, una manifestazione di forza priva del crisma giuridico che apparentemente manifesta.

⁵⁵ Su questa 'invenzione' della CEG, v. *Eclissi*, cit., p. 245 s., 276 s.

⁵⁶ *The Nature of Judicial Process*, cit., p. 129.