

La giurisprudenza negli ordinamenti giuridici [1]

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

1. La giurisprudenza nei sistemi di diritto civile.

Il termine "giurisprudenza" sta ad indicare, secondo gli insegnamenti della più consolidata dottrina in campo civile, il complesso delle decisioni giudiziarie[2].

Questa definizione, tuttavia, risulta essere il portato di un processo evolutivo che trae origine dal terreno assai fertile del diritto romano, ove il termine in questione stava ad indicare l'insieme dei pareri dei giureconsulti muniti dello ius respondendi ex auctoritate principis.

Proprio in forza di tale investitura, le pronunzie dei più famosi giuristi dell'età imperiale assumevano non soltanto un valore scientifico ed un'efficacia rapportati all'autorità morale degli Autori, ma erano anche e soprattutto vere e proprie fonti di diritto.

Da ultimo, col termine "giurisprudenza" si è inteso riferirsi all'attività, nel suo insieme considerata, dei giuristi, degli esperti di diritto, nel loro concreto operare quotidiano[3].

Ma ancor oggi, quasi universalmente, quando parliamo di giurisprudenza tout-court, tutti intendono riferirsi alle sentenze dei giudici, magari raccolte e sistemate in ordine logico e/o cronologico.

Più in particolare, nei sistemi di diritto civile la giurisprudenza viene considerata quale esercizio dell'attività del potere giudiziario, quindi complementare e contrapposta alla legislazione e quale attività del potere legislativo e ad agli atti amministrativi e quali emanazioni del potere esecutivo.

In quei medesimi ordinamenti, dominati dal principio del primato della legge e della sua certa applicazione, il ruolo della giurisprudenza è su di un piano inferiore rispetto a quello della legislazione, della quale costituisce un'emanazione derivata e subordinata.

A differenza di quanto avveniva nell'ordinamento giuridico romano, i magistrati di oggi non hanno funzione normativa, ma giudiziaria, di applicazione del diritto al caso concreto, e non di creazione dello stesso in generale.

In ragione di ciò, la sentenza del giudice è vincolante solo nei confronti delle parti di un rapporto giuridico controverso; e ciascun giudice, nella funzione che ha di applicare la norma giuridica generale al caso concreto (fattispecie astratta/fattispecie concreta), non è tenuto a seguire le precedenti interpretazioni elaborate da altri giudici, seppur appartenenti a tribunali superiori.

In tale contesto, comunque, la funzione della giurisprudenza non resta marginale, costituendo essa una preziosa e continua opera di interpretazione, chiarimento e perfezionamento del dato normativo, al punto da essere ritenuta fonte di cognizione effettiva del diritto, inteso nella sua pratica applicazione ai casi della vita.

Nei moderni ordinamenti, dunque, la giurisprudenza viene ad assumere il carattere della creatività, propria dell'operatore giuridico, nei confronti del diritto positivo, rappresentando, in tal modo, una forma di intervento sulla vita stessa della norma che si appalesa come assolutamente necessario nel momento in cui quella stessa norma "cala" nella realtà del vissuto quotidiano.

Essa diventa la ricerca del migliore diritto possibile al fine di promuovere, tramite il servizio della giustizia, lo sviluppo autentico della persona umana nel suo concreto esistere^[4]: ecco allora che la definizione ulpiana della giurisprudenza mantiene intatti il suo vigore e la sua attualità: "iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia".

?

2. La giurisprudenza nei sistemi di diritto comune.

Nei sistemi giuridici dell'area anglosassone, ben diverso è il ruolo e la funzione della giurisprudenza rispetto a quelli che essa riveste nei sistemi di "civil law".

Il "common law" è stato sempre un diritto giudiziario, nel senso che le sue formulazioni si trovano non in un testo d'autorità emanato da un legislatore, ma nelle decisioni rese dai giudici[5].

Secondo i principi del "common law" riveste valore indiscusso la dottrina del precedente, secondo la quale la decisione del giudice deve essere fondata sulla ratio decidendi delle sentenze anteriori.

La giurisprudenza non viene pertanto posta su di un piano inferiore rispetto a qualche altra istanza, costituendo essa stessa la fonte del diritto.

La teoria moderna del precedente si affermò compiutamente nel XIX secolo, basandosi sul principio dello stare decisis, secondo il quale un giudice è vincolato a seguire anche una sola decisione resa da un giudice a lui superiore in un precedente caso analogo.

È evidente che quando parliamo di giurisprudenza con riferimento ai sistemi di "common law", possiamo farlo nel senso latamente inteso con il quale lo fanno taluni negli ordinamenti di diritto civile, quando intendono riferirsi in generale a qualsiasi attività di produzione giuridica da parte dei giudici.

Se peraltro non può dubitarsi che ogni sentenza rappresenti in vero un precedente, non può ritenersi che ogni sentenza equivalga ad un'altra: esse infatti differiscono tra loro sia in relazione al grado dell'autorità che le ha emesse, sia in relazione al singolo estensore, la cui autorità può risultare o meno unanimemente riconosciuta.

Si deve inoltre rilevare come, negli ordinamenti di "common law", la mancanza di legislazione, supplita

dalla presenza della giurisprudenza, non abbia mai dato luogo a fenomeni di anarchia normativa, sia a motivo della presenza, nei contesti sociali di riferimento, di comuni valori di riconoscimento, sia in ragione dell'operare di un ceto di giudici ben selezionato, proveniente in larghissima parte dalle fila della migliore avvocatura.

In tali ordinamenti la parte propriamente vincolante di una pronuncia giudiziale è conosciuta come la ratio decidendi, ed è tenuta distinta dalle affermazioni incidentali dei giudici e i cosiddetti obiter dicta, prive di valenza cogente.

La ratio decidendi di un caso non viene determinata dai giudici chiamati a deciderlo, ma è individuata da altri giudici in casi successivi, i quali sono chiamati a verificare se sussista o meno un precedente per loro vincolante.

Tale natura di precedente viene a determinarsi a condizione che i fatti rilevanti del caso anteriore siano gli stessi che possono ricondursi al caso sottoposto a decisione.

Se i giudici successivi trovano che i fatti oggetto dei due casi siano differenti, essi distinguono il caso anteriore, che non costituisce per essi un precedente da seguire nel caso che sono chiamati a decidere.

3. Il sistema del diritto canonico rispetto agli ordinamenti di diritto civile e di diritto comune, con particolare riguardo alla giurisprudenza.

Esaminato sommariamente il ruolo che viene giocato dalla giurisprudenza all'interno degli ordinamenti di diritto civile e di diritto comune, appare ora di estremo interesse procedere ad un esame più dettagliato delle possibili relazioni che legano il sistema del diritto canonico all'una ed all'altra delle due tipologie di ordinamento sopra tratteggiate.

Va in prima battuta operato un chiarimento che si impone come evidente: l'ordinamento canonico non può essere direttamente ricondotto ai sistemi di diritto comune, e ciò sia in ragione della sua stessa struttura, sia a motivo della mancanza assoluta di una tradizione storico-geografica che lo avvicini al mondo anglosassone.

Se l'ordinamento giuridico della Chiesa si ispira alla carità ed all'equità cristiane, tuttavia utilizza strumenti concettuali del diritto romano e della tradizione bizantina, nonché del diritto comune, che non possono non farlo rientrare nell'area dei sistemi di diritto civile dell'Europa continentale.

Vanno dipoi evidenziati con rigore i limiti di qualsivoglia intento classificatorio in ragione dell'assoluta peculiarità, strutturale e funzionale, che contraddistingue l'ordinamento giuridico canonico.

Non può infatti prescindersi dal fatto che esso, in quanto frutto della plurisecolare esperienza storico-giuridica della Chiesa nel corso dei secoli, si regge su principi propri ed esclusivi, godendo quindi di una particolare autonomia, non fosse altro perché, ancorché in parte disciplini la struttura della comunità ecclesiale come società di uomini, svolge tale munus sempre e solo in vista della salus animarum dei suoi stessi sudditi.

L'ordinamento giuridico canonico ? sono le parole di un insigne canonista[6] - non può atteggiarsi in senso mimetico rispetto ad altri ordinamenti, in specie secolari o profani; il suo incontro con l'ispirazione sovrannaturale presente nel diritto divino-rivelato - da realizzarsi pur sempre nella storia ed in ambito sociale, quindi sul piano del reale, normativo ? risulta anzi segnato da tratti originali e tipici.

Infatti la comunità ecclesiale, lungi dall'essere sempre e solo una *societas in cordibus*, una *caelestis amicitia* o un *corpus mere mysticum*, si configura anche come una realtà sociale, necessariamente regolata dal diritto[7].

Diritto che se da una parte vuole essere una traduzione positiva dei precetti di carità evangelica, dall'altra

? ?necessitato? dall?assumere una struttura interna storica, che per quanto detto tipica e specifica, non pu? non aver fatto i conti col diritto romano e con quelli che da esso derivano direttamente (diritto bizantino e diritto comune).

Sulla scorta di tali premesse appare lecito evidenziare come la giurisprudenza canonica partecipi - ferma ed impregiudicata la ricordata tipicit? che connota l?ordinamento canonico complessivamente considerato - sia degli ordinamenti di diritto civile, che di quelli di diritto comune.

Essa infatti presenta da una parte quella subordinazione del giudice al legislatore che ? peculiare dei sistemi di diritto civile; dall?altra, il rilievo dalla medesima assunto all?interno della vita giuridica della Chiesa, lascia pensare che, accanto al dato normativo ? certamente in una posizione subordinata ? possano considerarsi le decisioni dei giudici, che rappresentano la migliore esplicazione ed interpretazione dello stesso precetto legislativo.

La tipicit? della giurisprudenza canonica si rivela in particolare nel suo essere al contempo veicolo e mezzo di studio e di ricerca della verit?, nonch? strumento di controllo e verifica di tale attivit? giuridica, in modo tale che, se da una parte a nessuno rimane preclusa la ricerca del vero e del giusto, dall?altra ogni nuovo approdo passa necessariamente al vaglio della rispondenza alla verit? di Fede.

La giurisprudenza canonica diviene cos? presidio della dinamicit? e della costante apertura dell?ordinamento di cui essa fa parte, affinche? lo stesso risponda sempre meglio, anche in relazione alle mutevoli circostanze storico-sociali, alla sua missione di promozione universale della salus animarum[8].

Note:

[1] Si veda CECCI F., La funzione normativa della giurisprudenza nell?attuale ordinamento giuridico della Chiesa, Pontificia Universit? Lateranense, A.A. 1990-1991.

[2] Cf. per tutti, TRABUCCHI A., Istituzioni di diritto civile, Padova, 1983, p. 23.

[3] In tal senso, cf. LOMBARDI VALLAURI L., Giurisprudenza, in Enciclopedia Giuridica, Roma, 1990, XV, 1: ?Giurisprudenza designa in questa voce i giuristi, gli esperti in diritto: siano essi legislatori, amministratori pubblici o privati, giudici, avvocati, notai, consulenti, docenti, scrittori, operatori qualificati. Oggi, in alcune lingue occidentali come l?italiano o il francese, giurisprudenza designa, come ha mostrato per esempio Gorla, soprattutto i giudici. Ma non mancano esempi storici rilevanti dell?uso qui adottato, come non ne mancano di attivit? giurisdizionale affidata a non? giuristi: dallo iudex privatus (a volte lo stesso pretore) romano sino al giudice medievale obbligato a prendere (talvolta a seguire) il consilium sapientis?.

[4] Cf. LOMBARDI VALLAURI L., Giurisprudenza cit., p. 8: ?Come formulazione del migliore diritto possibile per l'azione, la giurisprudenza dovr? essere, in ogni suo atto, inscindibilmente tre cose: a) conoscenza del diritto positivo da integrare-determinare; b) conoscenza del diritto ideale; c) conoscenza dell'azione?.

?

[5] Cf. STEIN P., Common law, in Enciclopedia Giuridica, Roma 1990, p. 5.

[6] BERLINGO? S., Ordinamento giuridico canonico, in Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, 1991, p. 2.

[7] Cf. CORECCO E., Teologia del diritto canonico, in Nuovo dizionario di teologia, a cura di Barbaglio G. e Dianich S., Alba, 1977, pp. 1744-1750.

[8] ?Si ? invero che lo stesso fatto storico costitutivo dell'ordinamento della Chiesa, non ? correttamente assimilabile ad un puro e semplice atto fondazionale umano, ma ? il riflesso nella storia di una dinamica progettuale scaturente? dal processo trinitario; e che fondamentale precetto in cui si trascrive questo progetto di Dio per l'uomo non ? per nulla identificabile con un a priori normativo dal quale siano deducibili, in virt? di una semplice operazione logica, tutti gli altri precetti dell'ordinamento?, BERLINGO? S., Ordinamento giuridico canonico, in Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, 1991, p. 4.?

<https://www.diritto.it/la-giurisprudenza-negli-ordinamenti-giuridici-1/>