

FONTI DEL DIRITTO: UNA RIFLESSIONE

Riflettere sulle **fonti**, oggi, significa **riconoscere la complessità del diritto**, il suo carattere proteiforme.

Quello relativo alle fonti costituisce uno dei **temi fondamentali di qualsiasi approccio all'esperienza giuridica**. Esso riguarda l'individuazione del diritto.

Da molto tempo sono in corso **significativi mutamenti nell'assetto delle fonti**.

Da un lato, **alla semplicità tipica del diritto dell'età della codificazione** (con la sua identificazione nella legge, perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti normative) **si sostituisce la complessità delle regolamentazioni** in ordinamenti – quale, ad esempio, quello italiano – non più esclusivamente legislativi, ma costituzionali, complicati dalla presenza di un **policentrismo dei luoghi di produzione normativa**.

Dall'altro, le molteplici **fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali** (si pensi alla penetrante **incidenza del diritto europeo**) e con il **diritto globale** (ne è un esempio significativo la **nuova lex mercatoria**), entro una dinamica che manifesta la fine della pretesa di "esclusività-impenetrabilità" dell'ordinamento (in cui si risolve, in termini operativi, il moderno concetto della sovranità) e che **rende il diritto intricato**.

La **complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione**. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti.

La **complessità indica un legame tra unità e molteplicità**; va intesa come incremento dei collegamenti, degli intrecci, fra elementi. Essa dipende dal variare del numero e della diversità delle componenti di un insieme, dall'ampiezza e dall'incidenza delle loro interdipendenze, nonché dalla variabilità degli elementi e delle loro relazioni nel corso del tempo. Il pluralismo delle fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, favorisce la complessità, che a sua volta genera un paesaggio giuridico complicato

"Fonte" è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare:

- vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico (a seguito dell'interpretazione) una norma valida, applicabile, da utilizzare immediatamente,

- e fonti che offrono idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento "aperto" alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica. Le fonti si de-tipicizzano. Le fonti tradizionali si modificano. Emergono fonti "nuove".

L'**attività dell'interprete** consiste nel **reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso**, cercata nei depositi normativi. Si tratta - riprendendo le riflessioni di Paolo Grossi - di un'attività inventiva, che rinvia al significato dei termini latini invenire/inventio, facenti riferimento a un cercare per trovare, ad una attività di scoperta.

Complessità del diritto (complessità che corrisponde alla complessità sociale) vuol dire riconoscere che esso è il **prodotto di un'ampia pluralità di fonti "statuali" ed "extrastatali", tra le quali assume una significativa consistenza l'autonomia privata**.

Lo Stato non esaurisce la giuridicità. Il **diritto statale è solo una parte del diritto**. Il pluralismo giuridico mette **in discussione l'"assolutismo giuridico"**, ossia la pretesa dello Stato di essere l'esclusivo produttore di tutto il diritto, con conseguente riduzione della multiforme complessità dell'ordinamento a un insieme di leggi espressione della volontà di un potere supremo.

Vari sono i **fenomeni di produzione privata del diritto**: **lex mercatoria, prassi negoziale, lodi arbitrali**, procedure connesse ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie (**mediazione, conciliazione**, arbitrato). Si tratta di fenomeni tutt'altro che eccentrici e marginali nella vita del diritto. L'autonomia privata va intesa come esercizio di libertà, oggetto di regolazione, fonte di regolazione. Essa produce decisioni che si configurano come regole che disciplinano interi settori riguardanti le attività umane (attività patrimoniali e commerciali, rapporti familiari, rapporti successori, ecc.), senza il concorso di fonti pubbliche, ed è soggetta a controlli al fine di riequilibrare la disparità tra le parti, la posizione non paritaria, la mala fede di una parte, e di garantire interessi assunti come fondamentali dall'ordinamento.

Notevoli sono i mutamenti intervenuti nella società che rendono le regole di autonomia privata idonee a essere osservate da soggetti ulteriori rispetto a quelli che le hanno poste in essere.

Gli atti dei privati diventano fonti normative, ossia modi di manifestazione di regole giuridiche.

Si tratta di un diritto, espressione del pluralismo normativo, che riconfigura il modo di concepire l'ordinamento.

Tutto ciò impatta sull'articolazione delle fonti e sulla ripartizione di competenza dei poteri. **Più che di sistema delle fonti (ormai destrutturato) sarebbe opportuno parlare di «rete delle fonti»**

Significative sono le **ricadute sulla concezione dell'interpretazione giuridica.**

Il punto di partenza non è il testo ma il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete.

Si assiste, così, ad una importante **rivalutazione del momento interpretativo/applicativo.** L'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo, ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la situazione storica che l'interprete ha di fronte. L'interpretazione si pone come componente essenziale della giuridicità, nonché come mezzo stesso del suo operare in concreto.

L'ordinamento si configura come struttura conformata di funzioni, di rapporti organizzativi, di materiali normativi, di elementi valoriali, che vive rinnovandosi continuamente attraverso atti di produzione, di interpretazione, di applicazione. È il risultato in fieri di complesse combinazioni e interdipendenze.

L'ordinamento si fa. Non è possibile concepirlo senza far riferimento all'idea di "diritto vivente", che appare solo in parte riconducibile alle fonti legali.

In relazione al diritto vivente assume un **ruolo centrale la "comunità interpretativa".** Essa collega i partecipanti ad una tradizione giuridico-istituzionale. Sotto un **profilo soggettivo, indica l'insieme dei soggetti che producono, conoscono, applicano il diritto.** Giuristi e operatori giuridici svolgono il compito specifico di "trattare" regole: le individuano, le riformulano, le adattano, le integrano, le sistematizzano. Sotto il **profilo oggettivo, la nozione rimanda ad un orizzonte epistemologico, metodologico e normativo che rende possibile l'accettabilità delle scelte interpretative e condiziona la validità del ragionamento giuridico.** La comunità interpretativa partecipa al processo di formazione del diritto. L'interpretazione opera grandemente nella messa in ordine e nell'armonizzazione del complesso normativo, ponendosi come una risorsa essenziale, idonea ad amministrare la dialettica tra identità e continuità ordinamentali e i mutamenti sociali, tra le esigenze della certezza-stabilità e quelle del rinnovamento-mobilità.

In questo sforzo ordinatorio viene in gioco la **responsabilità dei giuristi**.

Il giurista si pone come costruttore di soluzioni nell'intricato, e disordinato, quadro delle fonti. Il discorso giuridico non può non preoccuparsi degli effetti delle regole sulla condotta sociale e sull'insieme dell'ordinamento, in termini di praticabilità e coerenza, compatibilità ordinamentale e conformità ai principi

Oggi stanno entrando in **crisi** entrambi i **presupposti fondativi del diritto moderno, l'accentramento della produzione del diritto nello Stato nazionale e il principio di eguaglianza formale**.

Sotto il **primo profilo**, è evidente che la **produzione normativa non è più monopolio degli Stati nazionali**, i quali devono ormai **dividere (o contendere) la funzione di produzione del diritto** con soggetti pubblici interni ai confini (si pensi, per esempio, agli enti territoriali o alle autorità amministrative indipendenti nazionali) o esterni ai confini (si pensi al diritto dell'Unione europea o al diritto convenzionale derivante da trattati internazionali, in alcuni casi presidiato da specifici organi giurisdizionali, come la CEDU); o addirittura con soggetti privati investiti di compiti di regolazione settoriale (si pensi, per esempio, al sistema delle norme Uni-Iso o ai principi contabili emanati dall'Organismo italiano di contabilità).

Sotto il **secondo profilo**, il **principio di eguaglianza formale patisce la crisi del "soggetto unico di diritto"**; «si hanno regole per i "cittadini" e per i "non cittadini" (a loro volta distinti in cittadini Ue e cittadini non Ue); si hanno regole per i cittadini di una certa regione e altre regole per i cittadini di un'altra regione; si hanno regole per i "consumatori" e regole per i "professionisti"; regole per gli "uomini" e regole per le "donne"; e così via». Stiamo tornando, insomma, dal contratto allo status.

La **contemporaneità pone allora in questione direttamente il ruolo della legge e la sua capacità ordinante**; e, specularmente, pone in questione **il ruolo dell'interprete**, cioè di colui che – sia esso un notaio, un avvocato o un giudice – è chiamato a tradurre la lettera della legge in lettera di un contratto, di un atto stragiudiziale o giudiziale, di una sentenza. È innegabile, infatti, che l'aumento quantitativo della produzione normativa, l'opacità derivante dallo scadimento qualitativo della fattura delle disposizioni (a volte conseguente alla consapevole scelta del legislatore di rimettere all'interprete l'individuazione del punto di caduta finale di processi di mediazione di interessi sociali non interamente risolti in sede politica), la pluralità di fonti nazionali e sovranazionali di livello diverso, la crescente diffusione di disposizioni che esprimono regole elastiche (clausole generali) e di disposizioni che non esprimono regole ma principi, finisce con il

potenziare il ruolo dell'interprete e con il conferirgli una funzione che può addirittura apparire creativa (inventiva, secondo la formula di Paolo Grossi).

Siamo molto lontani, oggi, dalle condizioni di stabilità e chiarezza delle leggi sul cui presupposto Montesquieu invitava ad accostarsi alle stesse "con mano tremante".

Per approfondimenti, si veda Baldassarre Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 2014, p. 19 ss.)