

Roberto Pardolesi - Massimiliano Granieri
Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi

1. – Se l'espressione "dottrina" traducesse perfettamente il termine "*doctrine*" dei sistemi di *common law*, allora la formula "dottrina delle corti" sarebbe non solo un pleonaso, ma risulterebbe persino innocua. *Doctrine*, infatti, non è teoria elaborata con una preoccupazione teleologicamente sistematica, bensì orientamento espresso su una specifica questione, consolidato filone giurisprudenziale nel quale si iscrivono in maniera coerente sequenze più o meno copiose di decisioni che si riportano al precedente apripista. *Doctrine* è ciò che fanno i giudici, riconnettendo – come direbbe Melvin Eisenberg (*La natura del common law*, Milano, 2010) – formule autoritative e proposizioni sociali del mondo reale, nel momento in cui si dà risposta a un caso della vita.

Tuttavia, in punto di traduzione occorre concludere per la non omologabilità. La dottrina delle corti, per come viene raccontata da Berruti, è un'ibridazione tra formanti, dagli esiti non del tutto innocui, che lascia trasparire, peraltro, una misurata (perché consapevole) arroganza.

2. – Per certi versi, l'aporia contenuta in quella formula – la dottrina, non quella fatta dai suoi tradizionali sacerdoti, ma dai giudici! – si presta a reificare i dubbi che avevamo espresso su queste colonne, ipotizzando che, dei tre supposti "signori del diritto", uno avesse preferito battere in ritirata: nulla di clamoroso, una *demise* sommessa. In effetti, verrebbe fatto di azzardare che l'appropriazione di un ruolo, quanto meno di una sua parte, sia frutto congiunto, se si preferisce immagine speculare di una prova di forza, da un lato, e di un'abdicazione, dall'altro. L'immagine sdoppiata si adatta impietosamente a una dottrina giuridica in crisi d'identità, che – cadute ormai le lusinghe e le rassicuranti suggestioni dell'impostazione dogmatica – stenta a ritrovare l'*ubi consistam* e si spersonalizza rifluendo nella pratica. Si dirà che questa visione del perduto equilibrio dei formanti, se mai ve n'è stato uno davvero rilevante, è indebitamente catastrofica; che il dialogo non è mai venuto meno; e che i dottori del diritto continuano ad aprire piste poi provvidamente percorse (e ampliate, semmai) dalla giurisprudenza. Sul versante civilistico, si farà notare – a mo' di esempio plateale – che la lunga diatriba sul danno morale è stata sì risolta (si fa per dire...) da interventi a più riprese della Cassazione a sezioni unite, ma che a tanto si è approdati per effetto della pressione esercitata dalla sapiente orchestrazione dottrinale del danno esistenziale. Giusto un esempio, fra i tanti che si potrebbero proporre, a conferma di un'interazione che continua ad assegnare all'elaborazione teorica degli studiosi del diritto il compito di sondare le traiettorie che saranno poi praticate nelle aule di giustizia.

3. – Tutto vero. Solo che le vicende concettuali evocate rivelano un carattere sostanzialmente episodico. Nel tempo si è persa l'illusione della *grand theory*, e finanche, più modestamente, della *big picture*. Quando, allora, dall'anelito sistematico, che tutto vorrebbe ricomporre in un insieme armonico e coerente, si passa alla realtà di un panorama disassato e frammentario, magari per eccesso di complessità, la dottrina si frantuma in apporti 'pointillistic', si apre al primato (e alla sintesi finale) dei giudici, a fronte di un legislatore dalle troppe anime. È la giurisprudenza a ridisegnare l'ingiustizia del danno; a teorizzare l'abuso del diritto in guisa di mancata aderenza alle finalità perseguite dal legislatore nell'accordare le facoltà in cui si esplicita il diritto soggettivo; a dilatare l'ambito di applicazione della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione mercé il riconoscimento del contatto sociale; a conformare inediti diritti della personalità; a disegnare il solco della buona fede; a liberare la promessa unilaterale dalla gabbia del numero chiuso,

traghetandola sul versante del contratto con obbligazione del solo proponente; a scoprire la soggettività giuridica del concepito; e via dicendo. Si tratta, dicevamo, di dottrine locali, dispiegate intorno a nuclei individuati. Ma sono, a conti fatti, le sole teorizzazioni permesse da una trama ordinamentale irriducibile a sistema per eccesso di stratificazione e globalità; e sono, per lo più, appannaggio dell'elaborazione delle corti, che traina una letteratura adespota, in gran parte mesmerizzata dal diritto positivo giurisprudenziale.

Capita così che il dottore del diritto, un tempo orgoglioso consigliere del principe, si adatti al ruolo di *amicus curiae*: ruolo che è dato svolgere con assoluta dignità, ma dà per presupposta una primazia che gli ordinamenti di *civil law* erano soliti negare in linea di principio.

4. – Ci sono, per di più, forti rischi connessi con una decisione che ambisca ad essere letta a mo' di trattazione scientifica di un tema, piuttosto che come soluzione professionale di un problema. Il primo, e più ovvio, è che la motivazione finisca per offuscare il principio di diritto, rendendo faticoso rintracciare la *ratio decidendi*, soprattutto quando il giudizio ha finalità nomofilattica. È una preoccupazione, si dirà, di rilievo meramente pratico; ma a fronte di un legislatore schizofrenico, lacunoso e ridondante a un tempo – e pur sempre convinto della sua onnipotenza-, la giurisprudenza ha una responsabilità maggiore (*Foro it.*, 2012, IV, 247) e la funzione esoprocessuale della motivazione rappresenta un fondamentale pilastro di tenuta complessiva del sistema di giustizia, per chi esiga certezza del diritto.

Il secondo rischio è connesso con la funzione della dottrina che, se non è meramente esegetica, rappresenta, tra l'altro, un elemento di critica e ricostruzione dell'ordinamento (certamente come proposta scientificamente argomentata) nel presupposto della incompletezza di quello. Se non contenuta dalla finalità istituzionale che è propria della giurisprudenza, una dottrina delle corti potrebbe assumere l'incompletezza o l'incoerenza come punto di partenza – per giustificare lo sforzo riempitivo – anziché come esito dell'interpretazione. Beninteso, nessuno intende negare la rilevanza o la normatività del formante giurisprudenziale (vale a dire, la sua appartenenza al sistema delle fonti), né riaffermare il dogma della completezza dell'ordinamento; anzi. Vi è, però, che la motivazione deve seguire logicamente il principio di diritto e non precorrerlo, onde evitare che un unico testo parli molte lingue e che esse siano incompatibili con quella, già abbondantemente confusa, dei legislatori odierni. E, si badi, non è questione meramente dimensionale. Si possono dire molte cose anche tacendo, come fa la Corte Suprema statunitense quando nega il *certiorari*, così come si può essere elusivi versando inchiostro a iosa.

Terzo, e più serio, rischio è quello che Berruti indica nell'autoreferenzialità della decisione dottrinale o, il che è lo stesso, della dottrina "forte". La sua forza è anche il suo limite, l'anticamera a un dogmatismo giurisprudenziale che irrigidisce la fonte e rende più difficile l'evoluzione. Lo stesso Berruti non fa mistero di apprezzamento 'estetico' delle decisioni di Cassazione. Flessibilità e apertura sono, invece, le cifre del pensiero scientifico, che -mentre deve a sé stesso coerenza e rigore intellettuale- non è tributario delle circostanze litigiose (come la pronuncia giurisprudenziale) né della cura di interessi generali (come la parola del legislatore). È precisamente questa dimensione, slegata dal contingente e da vincoli formali che non siano quelli della comune elaborazione scientifica, a connotare la dottrina come formante del sistema, di lineamenti che, come si vede, sono ontologicamente incompatibili con l'occasionalità e la contingenza della pronuncia giurisprudenziale.

5. – Lo spazio della dottrina è autenticamente quello di perseguire visioni non contingenti, proporre letture alternative della realtà, riconnettere i dati normativi con il sociale, anticipare le risposte giuridiche a problemi latenti, dare voce alle istanze di giustizia che si levano dal basso, esplorare i confini dell'ordinamento e della giuridicità. Che poi ciò oggi non avvenga, a causa di un disimpegno già constatato, non muta la sostanza delle cose. Certo, fa avvertire pesantemente il declino del giurista teorico. La dottrina delle corti, in fondo, spiana la strada al “mondo senza professori di diritto” profetizzato provocatoriamente da Mathias Siems.