

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

4 / 2019 - SUPPLEMENTO

ISSN: 2036-4873

GUIDO, I' VORREI CHE TU ED IO...

1. Si onora l'accademico, il professionista, l'uomo, l'amico. E mi unisco, con sincero trasporto.

Ma c'è un problema. Quante volte s'intraprendono iniziative del genere, ci si espone al rischio di cadere in una sorta di appiattimento agiografico, con un'intonazione laudativa che dopo un po' diventa stucchevole. Una siffatta prospettiva non mi garba affatto; e per questo negli anni ho elaborato una strategia difensiva (non necessariamente egoistica: penso anche al lettore, condannato a subire un profluvio di complimenti a basso costo ma costruito anche minore), che si è tradotta in un vero e proprio format: da applicare -la precisazione è di rigore assoluto- solo quando si ha a che fare con qualcuno che svetta dalla cintola in su rispetto al gruppo dei colleghi pur meritevoli di rispettosa stima. Valga il vero: ho applicato quel format a Guido Calabresi (non ricordo bene se in occasione del conferimento dell'ennesima laurea *honoris causa* -ne ha una collezione ragguardevole, roba da tre dozzine...- o di un qualche cavalierato) e a un linceo prestigioso come Antonio Gambaro, al momento in cui usciva dai ranghi per raggiunti limiti di età. E mi pare che Guido Alpa possa ben rientrare in un cenacolo tanto elitario.

2. L'ultima affermazione offrirebbe il destro per raccontare le meraviglie del CV di Guido. Mi guarderò bene dal farlo -altri ha già provveduto doviziosamente- se non con riguardo a un profilo particolare, che mi tornerà utile per il discorso che mi riprometto di abbozzare tra un momento: la sua straordinaria produzione letteraria. L'ultima volta che ho provato a compulsare la sua bibliografia ho potuto contare più di novecento *entries*, ancora un po' e saremo alla reificazione delle "Mille e una notte" in versione giuridica. Una produzione stupefacente, che -anche a non volerla avallare *in toto*, ci sono tante circostanze in cui mi sono trovato a coltivare opinioni diversamente orientate- ci consegna la figura di un giurista stre-

pitosamente prolifico e tuttavia mai banale.

Qualcuno potrebbe obiettare che quella su cui vado appuntando l'attenzione è virtù spesa nel vuoto, perché oggi nessuno più legge: provocazione che, a tutto concedere, proietterebbe ombre sugli apporti scientifici di Guido e, mi sia consentito aggiungere, su quel poco che sono riuscito a mettere insieme in mezzo secolo di riflessione scientifica. E, allora, prendo cappello e apro un inciso sul punto.

L'opinione diffusa secondo cui, in un mondo digitale che viaggia alla velocità della luce, nessuno legge più, semplicemente perché non c'è il tempo per farlo, è frutto di un equivoco, che ci porta troppo lontano. Per esempio, al tramonto di un certo modo di fare dottrina, cui farò cenno fra un momento. Ma, per evitare sbandamenti eccessivi, si può riconoscere che in un'era di rivoluzione digitale i modi di trasmissione dell'informazione sono cambiati, poco importa se in meglio o in peggio, posto che ciò che conta è l'efficacia. Per tutta conseguenza, e con fare risolutamente riassuntivo, è dato toccare con mano che le riviste giuridiche hanno dovuto cambiare mestiere. Parte del loro apporto consisteva, in passato, nel rendere disponibile l'informazione: per esempio, le novità giurisprudenziali. Questa funzione è, all'evidenza, tramontata¹. Il materiale documentario è, ormai, disponibile in rete. Qualche volta gratuitamente, in altri casi con formule variamente onerose, ma col pregio dell'immediatezza: disponibili quando servono, senza occupare spazio in polverosi scaffali. E il *trend* è inequivoco, se solo si pensa ai traguardi fissati dal legislatore transalpino della *République numérique*, che mira ambiziosamente a rendere accessibile al pubblico l'intero patrimonio giurisprudenziale francese; o a come le molte migliaia dei volumi dei *reports* del West System siano ormai rimpiazzati da banche dati inesauribili, annidate nell'impalpabile onnipresenza di 'nuvole' remote.

¹Ce lo ricorda, con sagace equilibrio, RORDORF, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 533.

Tutto vero. Ma ciò non significa che non ci sia più spazio per un'informazione giuridica organizzata di secondo livello. Se non serve più avvertire degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, perché essi rimbalzano da e in ogni dove, resta il problema di introiettare quell'esubero d'informazione, che rischia, paradossalmente, di tradire le aspettative di chi si aspettava, dai prodigi della rete, l'annullamento di ogni sorta di asimmetria informativa. Il problema è, ancora una volta, quello della mappa. Quando vi si faccia rifluire tutti i dati del mondo reale, la mappa diventerà illeggibile, perché sovraccarica fino al punto di apparire nera. L'*overload* informativo opacizza. Occorrono le coordinate per tracciare la direzione che ci serve. E qui riemerge un compito, che la letteratura giuridica ha avuto nel passato e continuerà auspicabilmente a perseguire nel futuro. Non foss'altro perché la sete di conoscenza (anche giuridica) non s'è persa nei meandri di internet e, se mai, si presenta in termini più acuti e urgenti. Potrà essere diverso il modo di fruizione, digitale piuttosto che cartaceo. Ma mostrare la via nel labirinto sempre più complesso delle cose giuridiche credo sia ancora una fonte di valore aggiunto apprezzabile e ricercato. Questo mestiere quasi sciamanico Guido l'ha saputo fare in modo magistrale.

Quel che non si legge più è il prodotto di una certa e paludata letteratura. Al riguardo, gioca la convergenza di almeno due fattori: da un lato, la già cennata crisi identitaria della dottrina; dall'altro - ma non si tratta di vera specularità -, la diffusa ritrosia a fare i conti con quella crisi (e si sa che non c'è persona più miope di chi non vuole assolutamente vedere). Provo a spiegarmi per le spicce. Vi sono riviste giuridiche che non vanno sul mercato; lo ignorano, semplicemente, perché trovano linfa e supporto in altre dimensioni. Succede così che quanti vi scrivono non abbiano, per qualche buona ragione, a preoccuparsi di come farsi leggere dal pubblico degli operatori del diritto: la loro *audience* è più ristretta e mirata. Si elabora per l'accademia, con i suoi riti, i suoi stilemi. E il lettore per avventura so-

spintosi in un mondo che non gli pertiene si trova allora, confuso e spiaggiato, alle prese con lavori sovente autoreferenziali, compiaciuti, prolissi quando non ipertrofici, narcisistici ben oltre il limite del peccato proprio di ogni autore che si rispetti: lavori che si dispiegano all'infinito sulle tracce di rivoli e rivoletti, risalendo con determinazione virtuosistica la pertica jheringhiana dei concetti difficili, con tanto di ricorso intensivo alla macchina spacca-capello e di dispiegamento massivo di note bibliografiche alluvionali quanto inutili in epoca di banche dati onnicomprensive. Fuori da questo mondo, che vanta coordinate da Anvur e dintorni, c'è il mercato. Dove si scrive per farsi leggere e si va alla conquista della fiducia di chi, oggi come ieri, ha bisogno di raccogliere l'informazione che conta e le direttive su come metterla a profitto, nel modo più diretto e succinto possibile. E a questo livello si colloca la dottrina che non recide i contatti con il pubblico e si sforza di tenere insieme il dibattito con la prassi, oltre che, naturalmente, con la giurisprudenza. Guido Alpa, di quella dottrina, è stato consapevole guida.

3. Torniamo, dopo questo *detour* cui molto tenevo, al format cui soglio fare ricorso quando mi capita di partecipare alla celebrazione di un personaggio di autentico spessore. La formula è semplicissima, nella sua apparente irriverenza. E consiste nel chiedersi: dove ha sbagliato il nostro eroe? Dunque, che cosa possiamo rimproverare a Guido Alpa?

Ci arrivo subito, perché vado a segnalare una responsabilità (che, peraltro, mi sento di condividere *pro quota* con lui) tanto più pesante quanto più consistente è la figura dello studioso coinvolto: quella di aver contribuito, con l'avallo consapevole accordato al "diritto positivo giurisprudenziale" (un quasi ossimoro di cui si darà conto tra un momento), al declino di una dottrina in crisi d'identità.

Provo a sostanziare l'atto di accusa. Ho osservato in altra sede che i tre si-

gnori del diritto, come li chiamava Van Caenegem², ossia legislatore, accademico e giudice, hanno preso vie diverse. In tempi di post-diritto³, i segni della liquefazione del quadro tradizionale emergono in modo prepotente, costringendoci a toccare con mano che nulla è più come prima.

Il legislatore ha sempre fatto a modo suo, nel bene e, spesso, nel male. È certo, però, che la sua trasfigurazione – per effetto della diaspora (meglio, esplosione) delle fonti e con l’aggiunta di tanti problemi autoctoni, l’ultimo dei quali è l’abulia- fa da innesco per gli sviluppi che scrutineremo tra un momento. In estrema sintesi, si è passati dall’implausibile monoliticità di un ideale macroantropo di proverbiale saggezza alla bipolarità di una matrice interna e transnazionale, quanto basta per farlo apparire distopico e in affanno, travolto com’è dal caos organizzato e compromissorio dell’*acquis communautaire*. Nel tempo, come se non bastasse, il quadro si è reso viepiù frammentario -oggi si parla apertamente di interlegalità, ossia del “il mondo nel quale la pluralità degli ordinamenti non è fatto o ambiente per l’ordinamento adottato come punto di vista ma è valore giuridico o sistema giuridico essa stessa”, se si preferisce del “mondo in cui convivono su uno stesso livello di produzione giuridica gli Stati nazionali, a competenza territoriale e vocazione universale, i sistemi di amministrazione deterritorializzati ed a vocazione specialistica, gli ordinamenti sovranazionali su base regionale derivanti da parziali cessioni di sovranità da parte degli Stati nazionali e gli ordinamenti puramente giurisdizionali addetti alle violazioni di diritti umani”⁴ - sino a far assumere al tutto l’andamento contorto, ispessito e brulicante di certe tele di Bruegel il vecchio. Poco male, si dirà, perché in un contesto di educazione gius-positivistica – quello che

²Cfr. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, 1991, *passim*.

³Cfr., al riguardo, PARDOLESI - PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113.

⁴Le citazioni sono tratte da SCODITTI, *Lo scenario dell’inter-legalità*, <questionegiustizia.it>, 2020 (in margine al volume collettivo *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di KLUBBERS e PALOMBELLA, Cambridge University Press, 2019).

un tempo, di fronte al profilarsi di un vuoto di tutela, induceva a invocarne l'intervento -, il legislatore va dove lo porta il cuore (con i soli limiti del controllo di legittimità costituzionale). Non è quanto dire che il legislatore può, se vuole, permettersi di affermare -col pieno consenso dei giuristi, che si affanneranno a fornirne la prova con industrie e sagaci argomentazioni- che piove l'acqua per in su: ma poco ci manca.

Questa, riassunta in due battute (di cui mi vergogno apertamente), è la premessa per il collasso degli equilibri fin qui ricevuti. Collasso che si traduce in due fenomeni interconnessi: *a)* l'affrancamento del titano (la giurisprudenza); *b)* il "tradimento dei chierici" (la dottrina).

L'evaporazione del sistema comportava, per l'appunto, l'affrancazione del giudice, che, uscito dal guscio remissivo di *bouche de la loi*, ha scoperto che, là fuori, dove si prendono i rischi, non c'era più nessuno. O quasi. Si approda così -il fenomeno è troppo noto perché lo si debba qui enfatizzare- al protagonismo muscolare della giurisprudenza: che però, proponendosi quale sola forza autenticamente propulsiva in aree altrimenti dismesse, innesca seri problemi di certezza, coerenza, argine all'arbitrarietà che cova come minaccia nell'ombra⁵. Di fronte allo sgretolarsi dei tradizionali punti di riferimento è parsa rassicurante la funzione nomofilattica, deputata a garantire la 'tenuta' complessiva del fenomeno giuridico nel segno della compostezza finale del responso giudiziale. Salvo poi scoprire, per un verso, ch'essa si affida per la più parte alla posticcia vincolatività di un 'precedente' che tale non può essere, perché risolto in un principio di diritto che esprime un norma di secondo grado, soggetta essa stessa ad interpretazione⁶; per l'altro, e in dimensione ancor più problematica, che si tratta di una nomofilachia 'dinamica',

⁵Per una ricognizione men che indulgente v. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1.

⁶Valga qui, riassuntivamente, il riferimento a PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, *passim*.

cangiante nel tempo⁷ - sin qui, tutto bene, posto che il diritto deve ben adattarsi alla mutevole domanda di giustizia che si leva dal tessuto sociale: ma attenti allo straniante colpo di scena in agguato- e a geometria variabile, che fa capo ai tre organi giurisdizionali di vertice e alimenta ontologie regionali autonome. Di questa curvatura giurisprudenziale, e delle sue ricadute spesso plateali, ho parlato già troppe volte; e non mi ripeterò.

Il secondo fenomeno si presta (si fa per dire...) ad un'analisi succinta. La ricordata frammentazione del sistema delle fonti ha messo prima a repentaglio e poi tolto dal giro ogni velleità sistematica: di fronte ad un'elaborazione comunitaria incurante delle coordinate sulle quali si era edificata la struttura concettuale del diritto (privato), trincerarsi dietro i virtuosismi della dogmatica –nel frattempo diventata, per un fenomeno di latente volgarizzazione, patrimonio di tutti - non era più un'opzione significativa. Io c'ero quando il titolo quasi obbligato dei contributi scientifici scandiva la formula: "Autonomia privata e ...": qualunque fosse stato il secondo termine, sinanche riferito all'anfratto più minuto della disciplina codicistica, esso avrebbe permesso di ripercorrere nella sua interezza la maestosità severa dell'architettura negoziale. Non era, intendiamoci, il miglior mondo possibile. Non dovrebbe sorprendere, in fondo, il fatto che, in una dimensione giuridica globalizzata, il nostro diritto (ancor più del *civil law* nel suo complesso), appaia, a chi può fare la scelta della disciplina da applicare ai suoi affari, poco appetibile. A voler peccare di malizia, si potrebbe trovare un motivo di soddisfazione in un accadimento comunque limaccioso come la Brexit, perché promette di rendere meno disponibile il diritto inglese, che allo stato vince a mani bassi l'agone competitivo (quattro volte più impiegato di quello francese, pur modificato per risultare concorrenziale, sei volte di quello tedesco; secondo nel *ranking* il diritto svizzero,

⁷Cfr. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123.

non pervenuto quello italiano)⁸.

Privata del monopolio della dogmatica (e, poi, della dogmatica stessa), la dottrina si sarebbe volta –con un’attenzione che mai c’era stata per l’addietro– all’analisi della giurisprudenza. E sin qui, nella scoperta à la Guido Alpa (ma c’era anche Francesco Galgano; e non posso nascondere la mia parte di responsabilità) del “diritto positivo giurisprudenziale”, che sarebbe poi evoluto significativamente nell’espropriativa “dottrina delle corti”⁹, c’era una dimensione felice di dialogo proficuo. Durata, però, lo spazio di un mattino, per quello che è stato definito il tradimento dei chierici, ossia la pratica abdicazione dell’accademia al ruolo di guida che aveva nel tempo scandito il “successo del giurista”¹⁰.

Il mutamento del quadro complessivo imponeva comunque un cambio di ruolo. Che avrebbe imposto: a) al *legal scholar* di reinventarsi come scienziato sociale, mettendo in discussione le sue certezze di sedicente guru che raccoglie e sintetizza le istanze che rinvergono dagli altri apporti scientifici e, soprattutto, la compatibilità con l’impegno avvocatesco; b) alla facoltà di giurisprudenza di trovare un’anima che le assicurasse un’identità diversa dall’approccio pragmatico della scuola forense (perché, se il punto è insegnare “come si fa”, quest’ultima è decisamente più adatta al compito)¹¹. Ciò che non è accaduto. Ecco, allora, che la dottrina, sempre più professionalizzata, è divenuta recessiva, nel segno del disimpegno. Dismesso ogni anelito propulsivo, si è risolta, con animo gregario, a seguire – commentando sin troppo spesso con supina approvazione– gli sviluppi giurisprudenziali. Quel che un tempo, quando tutto mancava, induceva all’appello al legislatore è divenuto invocazione dell’intervento delle Sezioni unite della Cassazione.

⁸Cfr., riassuntivamente –la letteratura empirica ha fornito, negli anni recenti, una messe di contributi al riguardo– EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit’s Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, <www.ssrn.com>, 2018.

⁹Cfr. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, 181.

¹⁰Cfr. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, 85.

¹¹Per qualche considerazione più approfondita, v. PARDOLESI - GRANIERI, *The Future of Law Professors and Comparative Law*, in *The Digest. National Italian American Bar Association Law Journal*, 2013, 1.

Insomma, c'è un giudice a Berlino, vediamo quel che fa (e, magari, ingrAZIAMOce-
lo...).

4. Le intenzioni di Guido (ma anche di chi scrive) erano altre. E se ne può parlare apertamente perché da quel processo recessivo il nostro autore non è stato travolto (anche se non è riuscito ad impedirlo). Ha rappresentato, in un panorama complessivo che si andava sempre più marginalizzando, la stella polare che indicava la via del riscatto (e, lo confesso, io avrei voluto fare lo stesso).

Una ragione in più per prender sul serio l'opera di Guido Alpa.

Roberto Pardolesi