

La giurisprudenza e l'innovazione dell'ordine giuridico

Ascesa e declino di un signore del diritto

Roberto Simone
(Magistrato)

Sommario 1. Conflitto fra formanti e giurisprudenza creatrice. – 2. Il declino dell'innovazione e la proposta alternativa di apertura a saperi esterni.

1 Conflitto fra formanti e giurisprudenza creatrice

La lettura del «Il diritto come discorso» mi ha confortato e, soprattutto, ha confermato un approccio operativo di cui mi sono avvalso, insieme a numerosi colleghi, in questi svariati anni di esercizio della giurisdizione qui a Venezia. Approccio, quest'ultimo, cristallizzato in una serie di articoli pubblicati sul *Foro italiano* sul tema «Europa e scienza giuridica»¹, dove si è portato in esponente come nel conflitto tra formanti (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale) i signori del diritto da tre ormai siano ridotti a due (legislativo e giurisprudenziale), ma in ultimo anche il legislatore non sta poi così bene, considerata la sua inclinazione alla schizofrenia ed alla rapsodicità, e quant'altro possiamo immaginare. Non ultima l'incapacità di dar seguito ad una valutazione di impatto della regolamentazione, sebbene legislativamente prevista dalla l. 246/2005. Valga per tutti l'invenzione racchiusa nel d.l. 1/2012 delle sezioni specializzate in materia di impresa a costo zero, ma con tanto di declamata capacità di attrazione degli investimenti esteri.

Dunque, il legislatore spesso accenna ed il resto spetta all'interprete, se capace. In questo contesto, rimangono sulla scena solo i giudici, al punto che ha cominciato a prendere corpo la teoria della «dottrina delle corti», basata sulla vocazione del formante giurisprudenziale alla costruzione

¹ E. SCODITTI, *La scienza giuridica e i signori del diritto*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 241 ss.; R. CAPONI, *Diritto della scienza e scienza del diritto*, *Foro it.*, cit., c. 244 ss.; M. GRANIERI, R. PARDOLESI, *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, cit., c. 247 ss.; G. GRASSO, *La scienza giuridica europea e le professioni legali: dalla conoscenza alla consapevolezza*, cit., c. 249 ss.; A. PALMIERI, *Il destino della scienza giuridica in Europa: reinventarsi per non essere sopraffatti?*, cit., c. 251 ss.

sistemica ed autoreferenziale². Una chiara epifania di questa giurisprudenza, che si fa dottrina, è data da Cass. 10741/2009³, dove “il discorso” della giurisprudenza normativa è enunciato a chiare lettere. Nello stesso solco, e sicuramente ancor più dotata di vocazione creatrice, si colloca Cass. 16754/2012⁴ sulla vita dannosa. La tendenza della giurisprudenza, a dispetto della nostra cultura (accademica e non) giuspositivistica, verso una deriva creatrice è ormai radicata nelle aule di piazza Cavour.

C'è un passaggio molto suggestivo nel libro del professor Gentili a proposito di «quello che i giudici dicono e quello che fanno realmente», che riprende appieno la divaricazione tra declamazioni e regole operazionali e che in qualche maniera mi è capitato di esorcizzare nel corso di un procedimento, durante il quale, nel bel mezzo di un complicato tentativo di conciliazione, ebbi a riferire «quello che oggi stiamo dicendo non sarà poi valorizzato ai fini della decisione» e che non esiste una giurisdizione di doppio livello, ossia il convincimento del giudice e la motivazione della sentenza si basano solo sulle prove raccolte in contraddittorio e non su precomprensioni. Le parti, non gli avvocati, rimasero attonite, riuscii a essere molto ermetico, ovviamente l'aggiudicazione della lite fu molto diversa da come si stava delineando l'accordo conciliativo.

Nondimeno, molto spesso nel discorso dei giudici c'è un notevole divario tra quello che si dice e quello che si fa realmente. Molto spesso si innova il sistema, pur dicendo di essere assolutamente coerenti con la precedente giurisprudenza, collocandosi apparentemente all'interno di una logica molto formalista, dogmatica.

Ora, al di là di inclinazioni più o meno creatrici della giurisprudenza, anche con il materiale dato, cioè con il sistema dato di norme, si può cambiare significativamente l'ordinamento normativo. Si pensi a cosa è successo in tema di distribuzione dell'onere della prova ed alla parabola della responsabilità medica (si legga ad esempio Cass. 6735/2002⁵ in stretta linea di derivazione da Cass. S.U. 13533/2001⁶). Sennonché, l'ascesa vorticoso del contenzioso in campo sanitario deve ora confrontarsi con un muta-

2 *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*: A) G. M. BERRUTI, *La dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 181 ss.; B) C.M. BARONE, «Dottrina» delle corti e funzione nomofilattica, *cit.*, c. 184 ss.; C) R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, *cit.*, p. 187 ss.; D) E. SCODITTI, *Il diritto fra fonte e interpretazione*, *cit.*, c. 189 ss.

3 Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141 ss., annotata da A.L. BITETTO, F. DI CIOMMO.

4 Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181 ss., annotata da A.L. OLIVA.

5 Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss., annotata da A. PALMIERI, R. SIMONE.

6 Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss., annotata da P. LAGHEZZA; in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., annotata da U. CARNEVALI.

mento in senso inverso del pendolo. Il rigore di Cass. S.U. 577/2008⁷ pare cominciare ad incrinarsi se si legge quanto riportato in Cass. 7269/2013⁸. Quando ormai sembrava che il medico e le strutture fossero letteralmente spiazzate ed esposte al pericolo di una pressoché totale rilevazione dall'onere della prova a carico del paziente, la Cassazione, riutilizzando l'assetto normativo attuale, ha ricominciato a rispingere il pendolo in senso inverso, riportando la prova del nesso causale sul paziente.

L'idea panglossiana secondo cui questo è il migliore dei mondi possibili, ossia che il nostro ordinamento è sensibile verso l'innovazione ed è sempre in sintonia con le trasformazioni sociali è messa a dura prova. Infatti, molto spesso per dirla con Watson⁹ il sistema è pieno di norme anacronistiche, anche se spesso ci sforziamo di adeguarle. Da questo punto di vista, al netto dei nostri limiti culturali, la svolta aziendalista imposta da programmi di smaltimento degli arretrati, che è figlia della tendenza, assai criticabile, ad inseguire la domanda di giustizia, piuttosto che contenerla, nell'impossibilità di far ricorso alla legge della domanda e dell'offerta con tanto di crescita del prezzo del servizio in linea l'aumento della domanda, finirà per incidere sulla qualità del servizio.

Indubbiamente con il sistema normativo dato e con un approccio interpretativo alternativo del diritto sono state coniate soluzioni molto innovative. Si pensi all'impiego dell'art. 844 c.c., pensato in origine per risolvere conflitti microeconomici, come strumento per la lotta all'inquinamento, ma nella logica del tutto o niente. Solo negli ultimi lustri il legislatore ha scoperto un nuovo interesse sul fronte della tutela dell'ambiente, sì che l'art. 844 c.c. è tornato al suo ruolo di strumento per dirimere il conflitto fra usi incompatibili di fondi contigui con la marcia in più della tecnica indennitaria.

Sarebbe bastato rileggere l'articolo di Ronald Coase¹⁰ sul problema dei costi sociali in tema di esternalità negative delle attività produttive e sulla possibilità di conseguire una situazione di equilibrio economicamente efficiente assecondando lo sviluppo della produzione fino a che il sistema, al netto delle precauzioni, è in grado di generare degli utili. Questo sarebbe stato sufficiente per attenuare gli effetti dannosi di qualche ciminiera antiquata, per risparmiare qualche vita e alleggerire la tensione sulle corti (Ilva *docet*).

7 Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 ss., annotata da A. PALMIERI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612 ss., annotata da R. DE MATTEIS.

8 Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 1082 ss., annotata da R. PUCELLA; in *Danno e resp.*, 2013, p. 1072 ss., annotata da C. TRECCANI.

9 A. WATSON, *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006.

10 R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law & Economics*, 1960, p. 1 ss.

2 Il declino dell'innovazione e la proposta alternativa di apertura a saperi esterni

Sta di fatto che da un po' di tempo l'inclinazione all'innovazione si è appannata. Pensiamo al caso del danno non patrimoniale dello straniero, rispetto al quale si operava una riduzione sul piano della quantificazione sul presupposto che a fronte di un minor costo della vita nel paese di origine, la compensazione potesse essere a questo ragguagliata. In termini più crudi, sul piano della funzione compensativa della responsabilità civile, la morale era presto detta: se devi investire qualcuno è meglio che sia un extracomunitario, perché costa di meno. Dal punto di vista della funzione deterrente della responsabilità civile la soluzione indicata è del tutto irrilevante se non controintuitiva. Bisogna ridurre al minimo il numero di incidenti e non possiamo sapere *ex ante* chi sarà investito e, quindi, mitigare il risarcimento genera solo un effetto di sotto deterrenza.

Ancora, per Cass. 1183/07¹¹ la responsabilità civile ha solo funzione compensativa ed è indifferente alla responsabilità civile la posizione del danneggiante. Che dire allora di certe rigidità sul piano della liquidazione del danno in ambito contrattuale e qui Cass. 21255/13¹², invece, fornisce più di un dato su come si possa liquidare un danno a prescindere dal suo inquadramento contrattuale o extracontrattuale.

Ce lo ricordava prima il professor Gentili, l'uso dell'argomentazione è servito a consentire la risarcibilità del danno biologico, perché il sistema tabellare di origine pisana ha permesso di pervenire ad una valutazione economica *ex post* del bene salute. Oggi, tuttavia, siamo prigionieri della nuova dogmatica del danno non patrimoniale. Le sentenze di San Martino, nel marcare le polarità del patrimoniale e del non patrimoniale, muovono dal rilievo secondo cui quest'ultimo è la lesione di un interesse privo di rilevanza economica. Ciò non è punto scontato, poiché la lesione di un interesse non patrimoniale può determinare conseguenze tanto patrimoniali, quanto non patrimoniali. La perdita della funzionalità di un mignolo avrà conseguenze devastanti, anche sul piano patrimoniale, se a subirla è un affermato violinista. Nondimeno, la possibilità di misurare secondo parametri economicamente oggettivi, pur sempre approssimativi (quale sistema risarcitorio non lo è?), le conseguenze di una lesione ad un interesse non patrimoniale, e non le sue ricadute sull'attitudine a produrre

11 Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460 ss., annotata da G. PONZANELLI.

12 Cass. civ., sez. III, 17-09-2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 ss., annotata da G. COSTANTINO, A. PALMIERI; in *Danno e resp.*, 2014, p. 123 ss., con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, A. ROMANO, G. IMPAGNATIELLO, G. VETTORI, G. LENER, B. TASSONE, R. SIMONE, P. SANTORO, G. PONZANELLI, P.G. MONATERI.

reddito, non trasformano in termini patrimoniali questo danno.

L'approdo a questa prospettiva consentirebbe di dare il giusto peso alla perdita della vita andando oltre l'attuale sistema, che lo si voglia o no, basato sulla teoria del capitale umano (ce lo ricorda da ultimo il film di Paolo Virzì) e si supererebbe l'assurdità di ammettere il risarcimento in presenza di una lesione minore, salvo negarlo in presenza di una maggiore qual è la perdita della vita.

Per fare questo bisogna sudare e aprirsi a saperi esterni. È questo l'insegnamento del libro del professor Gentili. Il sistema muta e si adegua alle trasformazioni della società se si apre a saperi esterni, se perde la sua autoreferenzialità.

