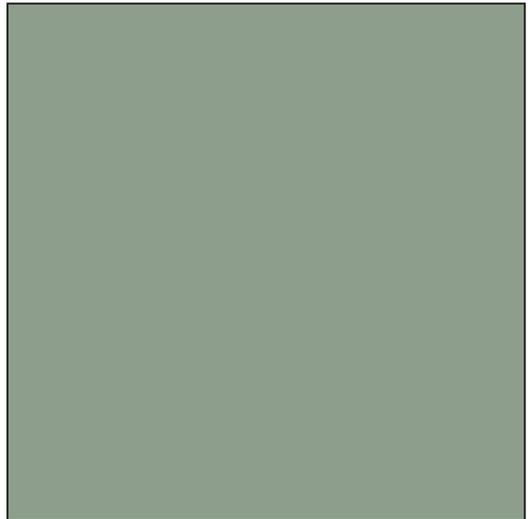


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

9



PETER STEIN
JOHN SHAND

**I VALORI
GIURIDICI
DELLA CIVILTÀ
OCCIDENTALE**

Questo volume — nono di una collana che si affianca ai «Quaderni» annuali — si inserisce nel programma di un Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi, presso l'Università di Firenze.

Titolo originale dell'opera:

Legal values in Western Society

Edinburgh University Press - Edinburg, Scotland

Questo volume — nono di una collana che si affianca ai «Quaderni» annuali — si inserisce nel programma di un Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, promosso e diretto da Paolo Grossi, presso l'Università di Firenze.

Per la storia del pensiero giuridico moderno

9

PETER STEIN

JOHN SHAND

I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE

Traduzione di ALESSANDRA MACCIONI

Presentazione di ALESSANDRO GIULIANI

Appendice di LUIGI MOCCIA



Milano - Giuffrè Editore

TUTTE LE COPIE DEVONO ESSERE TIMBRATE DALLA S.I.A.E.

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1981) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PRESENTAZIONE

1. Vi è oggi uno stato d'animo favorevole a ricercare e riconsiderare i valori di una tradizione giuridica comune alla civiltà giuridica occidentale. Le cause di questo fenomeno — che meriterebbe seria riflessione — vanno forse individuate nella crisi del diritto, che ha investito i vari sistemi, rivelando i rischi delle ricorrenti e persistenti tentazioni nazionalistiche. Certo è che i *common lawyers* non ritengono più — come si legge nella prefazione — che il loro diritto è « *the best of all possible laws* ». È significativo che il tema venga esplicitamente posto in un libro, che è il risultato della collaborazione di un romanista e di un *common lawyer*. Peter Stein, *Regius Professor of Civil Law* nell'Università di Cambridge, è noto nel nostro paese anche per studi di filosofia e teoria del diritto ⁽¹⁾; John Shand, che esercita la professione forense, è stato *fellow* nel *Queen's College* della stessa Università. I valori comuni, anche se confliggenti e controversi, vengono ritrovati nella osservazione storica delle tecniche e delle procedure effettivamente utilizzate dai giuristi. Famiglie giuridiche considerate in contrapposizione e paghe del loro isolamento — come i sistemi di *civil law* e di *common law* — trovano radici comuni nel diritto romano.

La lettura di questo libro da parte di un giurista di *civil law* non può non essere condizionata dalla sua educazione giuridica, dai problemi che gli sono familiari, dalle istanze dell'atmosfera culturale da cui è sollecitato. Egli potrebbe essere sorpreso, e

(1) Ricordiamo anzitutto gli studi sulla dottrina dei principi generali del diritto: *The Digest Title 'De regulis iuris antiqui' and the General Principles of Law*, in « *Essays in Honor of Roscoe Pound* », Indianapolis - New York, 1962, p. 8; *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966. Tra i lavori recenti: *Legal Theory and the Reform of Legal Education in Nineteenth Century England*, « *L'educazione giuridica* », II, Perugia, 1979, p. 185; *Legal Evolution*, Cambridge, 1980.

talora provare disagio, nello scoprire rapporti e derivazioni storiche. Il giurista inglese ha la consapevolezza della continuità — nella configurazione stessa dei principi del diritto (*legal maxims*) — con la tradizione delle *regulae iuris*, che è rimasta viva attraverso una serie di commentari all'ultimo libro del Digesto ⁽²⁾. I principi del giurista continentale si ricollegano invece, come vedremo, alla opposta tradizione dei *principia iuris* elaborati dalla teologia giuridica della seconda scolastica e pervenuti — attraverso un processo di utilizzazioni alternative — allo stesso positivismo codicistico del XIX secolo.

L'atmosfera culturale del nostro paese potrebbe facilitare la comprensione non solo delle connessioni, ma anche delle *distinzioni*, che solcano ed oscurano la continuità del diritto occidentale. L'interesse stimolato dalla recente storiografia ⁽³⁾ che va rilevando sorprendenti analogie tra i metodi dei nostri giuristi del diritto comune e quelli dei *common lawyers* — coincide, non casualmente, con la rivalutazione della retorica come logica *more iuridico* ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di 'regula iuris' nel pensiero dei glossatori*, « Annali di storia del diritto », V-VI, 1962, p. 221. Alla bibliografia ivi citata *adde*: BERTRANDUS METENSIS, *De regulis iuris*, a cura di S. CAPRIOLI, Perugia, 1981.

⁽³⁾ G. GORLA ha richiamato l'attenzione sul valore del precedente giudiziale nelle sentenze dei Grandi Tribunali italiani: « ci troviamo di fronte a veri modelli di citazione di precedenti giudiziali, ove si esaminano le varie fattispecie, e si fa il *distinguishing* con tecniche che ricordano e superano quelle dei giudici inglesi ». (*I 'Grandi Tribunali' italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in « Quaderni del Foro italiano », Roma, 1969, p. 24). Cfr. da ultimo: *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, « Foro it. », 1980, V, p. 11 ss. Nella Appendice al presente volume — curata da L. MOCCIA — vengono individuati in questa ottica, su temi fondamentali, puntuali riscontri che costituiscono una preziosa chiave di lettura.

⁽⁴⁾ La 'nuova retorica' ha progressivamente rivelato maggiore consapevolezza dei risvolti politici ed istituzionali della logica proposta: il punto di riferimento pare quello del giudice in un sistema di *common law*. Va richiamata l'attenzione sulla riscoperta dei 'principi del diritto' nel senso delle *regulae iuris*. Tali principi permettono una dialettica tra legislatore e giudice; se la legge deve essere interpretata nel confronto con altre regole e con i principi generali del diritto, il momento della volontà viene ad essere temperato da quello della ragionevolezza: la legge insomma non esaurisce tutta l'area del diritto. Cfr. Ch. PERELMAN, *Logica giuridica - nuova retorica*, a cura di G. CRIFÒ, pref. di A. GIULIANI, Milano, 1979.

Potremmo chiederci se l'abbandono delle tecniche di una ragione pratica, critica, giustificativa — sotto la seduzione di una 'Ragione' soggettiva, formale, calcolante — sia alla base di una frattura, che oggi tentiamo di ricomporre, tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*.

I principi del diritto nel senso delle *legal maxims* non hanno un carattere assiomatico e deduttivo, ma « offrono la giustificazione di certe regole, possono indicarne l'ambito di applicazione e spiegare le ragioni per le quali una regola dovrebbe applicarsi o no ad una fattispecie. Non ci si attende che vengano applicate meccanicamente, in assenza di situazioni rilevanti » (p. 141). Esse rendono possibile l'applicazione giusta di una legge, e la ricerca di una soluzione ragionevole. Per un *common lawyer* — come per un giurista del nostro diritto comune — la equità è la norma di riconoscimento per eccellenza, che regge le tecniche peculiari di una logica argomentativa: l'*art of distinguishing* ⁽⁵⁾ riecheggia nella terminologia stessa l'*ars distinguendi* ⁽⁶⁾ del giurista medioevale.

L'insegnamento della retorica e della dialettica risulta storicamente collegato con quello del *common law*: ed esso trova il suo prolungamento nella accettazione del concetto classico di eguaglianza di fronte alla legge (*isonomia*) — inteso come eguaglianza tra governanti e governati ⁽⁷⁾ — che venne trasfuso negli

⁽⁵⁾ È stato affermato che ancora oggi per il giudice inglese il *distinguishing* 'remains the principal manifestation of judicial freedom'; cfr. J. A. C. THOMAS, *The Art of Distinguishing*, « L'educazione giuridica », II, 1979, p. 267.

⁽⁶⁾ Sui rapporti tra la giurisprudenza medioevale e le tecniche della retorica, configurata come *ars distinguendi*, cfr.: TH. VIEHWEG, *Typica e giurisprudenza*, a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1961; G. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XIIème et XIIIème siècle*, « Archives de philosophie du droit », 1966, p. 115; A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIème et XIIIème siècle*, « Studia et Documenta Historiae et Iuris », 1968, p. 223; M. VILLEY, *Sur l'art du dialogue dans l'histoire de l'éducation juridique*, « L'educazione giuridica », II, 1979, p. 24.

La dottrina della 'fictio iuris', che è essenzialmente dottrinale e giurisprudenziale, è basata sulla equità e sulla natura delle cose; sull'argomento: F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della 'fictio iuris'*, Padova, 1979 (sulla finzione 'de tempore ad tempus', p. 119 ss.).

⁽⁷⁾ Sui rapporti tra la retorica e lo sviluppo del diritto inglese cfr. D. S. BLAND, *Rhetoric and Law Student in Sixteenth Century England*, « Studies in Philology »,

ideali politici della *rule of law*. Per il peso della tradizione di Cicerone, Quintiliano, Ermogene vennero privilegiati quegli aspetti della retorica, che erano più intimamente connessi con una logica dell'argomentazione ed una teoria della controversia giudiziale: scarso fu invece l'interesse per altri aspetti, come la teoria delle passioni. I *common lawyers* sono sempre rimasti fedeli alle tecniche della *ratio probabilis*. Lo stesso Littleton consigliava al figlio: « *Ideo semper quaere de dubiis, quia per rationes pervenitur ad legitimam rationem* » (in COKE, I, *Inst.*, 232 a.). Ed il Coke propugnava un sistema di educazione, in cui lo studente pervenisse allo studio del *common law* dopo aver studiato — ‘ *as Littleton did* ’ — le arti liberali nell'Università: « and especially Logick, for that theacheth a man not only by just argument to conclude the matter in question, but to discern between truth and falsehood, and to use a good method in his studie, and probably to speake to any legall quaestion, and is defined thus, *Dialectica est scientia probabiliter de quovis themate disserendi*, whereby it appeareth how necessary it is for our student » (sect. 381, I, *Inst.*, 235 a.). E ancora nel famoso *Case of Prohibitions* (1608) aveva affermato che bisognava ricorrere alla *ratio artificialis* per decidere le cause che riguardavano la vita ed i beni degli individui: « Life, or Inheritance, or Goods, or Fortunes of his (the king's) Subjects are not to be decided by natural Reason, but by the artificial Reason and Judgment of Law, which requires long study and experience ... » (*Reports*, XII, 64-65).

vol. 54, 1957, p. 498. Con particolare riferimento al sistema probatorio (*law of evidence*) cfr. A. GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, « L'educazione giuridica », II, 1979, p. 217. Sull'atmosfera culturale A. M. PATTERSON, *Hermogenes and the Renaissance*, Princeton, 1970.

Non va trascurato che G. FLORIO, nel suo dizionario italiano-inglese *World of Words* (1598), traduceva il termine 'isonomia' con « Equalitie of law to all manner of persons » ('The Oxford English Dictionary', s.v. *Isonomy*, 1933, V, p. 509). La tradizione italiana pare quindi il veicolo di questi ideali nelle istituzioni politiche e giuridiche inglesi, e nella stessa dottrina della *rule of law*; cfr. F. A. HAYEK, *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo, 1955. Il problema della persistenza in Italia degli ideali della 'isonomia' è un capitolo importante, purtroppo inesplorato, della storia del pensiero giuridico e politico. Basti ricordare, ancora nel XVI secolo, i *Discorsi politici* (a cura di G. CANDELORO, Bologna, 1943, spec. p. 11 ss.) di P. PARUTA (1540-1588).

2. I princìpi nel senso delle *legal maxims* non hanno quella funzione razionalizzatrice del sistema, assegnata tradizionalmente nel nostro ordinamento alle norme contenute nel titolo preliminare del codice civile, la cui genesi è nella opposta tradizione dei *principia iuris* elaborata dal diritto naturale moderno. Lo Stein in uno studio dedicato alla storia delle ' *regulae iuris* ' notava come Grozio e Pufendorf prendevano le mosse da ' broader premises ' (8). Tale premesse, a nostro avviso, vanno ricercate nei trattati *De legibus* della seconda scolastica, ed in particolare nell'opera di Francisco Suarez. La dottrina dei princìpi del diritto — destinata ad affermarsi nel diritto continentale, e da cui ancora oggi siamo condizionati — riflette interessi e preoccupazioni di teologi giuristi e filosofi della morale. La fenomenologia della riduzione del diritto alla legge sottintende una teologia morale, in cui è centrale il problema della responsabilità umana: la certezza presuppone la configurazione del diritto in termini volontaristici, come un rigoroso sistema di regole di imputazione (9). Il principio di irretroattività della legge (*tempus regit actum*) ha una posizione predominante in quanto regge la logica degli altri princìpi, configurandosi come *lex legum*: esso è infatti il presupposto della responsabilità individuale.

In consapevole rottura con la tradizione delle ' *regulae iuris* ', le *leges legum* non hanno un carattere argomentativo o giustificativo, presuntivo, ma sono *principia practica*, nel senso di regole

(8) P. STEIN, *The Digest Title*, cit., p. 19 nota che « Grotius and Pufendorf although they took over much of the learning about legal rules which had been elaborated with reference to the title, did not give much attention to the title itself. They operated from broader premises ». Speriamo di dimostrare in altra sede — con una ricerca sulla genesi dei titoli preliminari dei codici civili dell'età moderna — la tesi, accennata nel testo, relativa alle loro radici teologico-giuridiche. La recente storiografia sta riscoprendo i legami del pensiero giuridico moderno con la seconda Scolastica. Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* (lit.), Paris, 1968, p. 240 ss. Cfr. altresì i saggi raccolti nel vol. *La seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (volume primo della Collana « Per la storia del pensiero giuridico moderno », diretta da P. Grossi), Milano, 1974.

(9) Sulla rottura con la concezione classica della responsabilità, legata alla problematica giuridica delle ' cause di giustificazione ', rinviamo al nostro saggio *Imputation et justification*, « Archives de philosophie du droit », 22, 1977, p. 85.

preceptive, tecniche, meccaniche. Tali caratteri sono facilmente individuabili nei principi immutabili, relativi alla nascita, modificazione, abrogazione ed applicazione delle leggi. Il principale effetto della legge è l'*obligatio*, la quale ' non oritur nisi ex virtute legis ': ma nessuno può essere obbligato senza la certezza della legge, la quale deve avere un preciso punto di individuazione non solo spaziale, ma temporale. Questa concezione meccanicistica della nascita (promulgazione) e della morte della legge (abrogazione) presuppone una dimensione cronologica del tempo: vi è orrore per il caos determinato dalla coesistenza di regole distanti nel tempo. Non è ammissibile il dubbio sulla regola: la legge antica — sulla base del principio logico della *lex posterior* — è ' mortale ' e ' mortifera '. I principi del diritto riflettono dunque il dato ontologico della legge, la quale *de se perpetua est*. Il mutamento del diritto è un male, anche se talora necessario: in ogni caso deve essere l'effetto della *vis abrogativa* della legge successiva.

Nel passaggio dalla fase teologica a quella laica del diritto naturale moderno sono stati modificati, ma non eliminati gli agganci ontologici e logici a cui era legata la nuova dottrina dei principi del diritto. Non è qui possibile seguire le fasi di adattamento ed utilizzazione alternativa: ci basti ricordare che il principio di irretroattività viene collegato alla tutela dei diritti a contenuto patrimoniale (diritti acquisiti). In ogni caso resta ferma l'idea che le *leges legum* hanno uno status logico e ontologico superiore a quello delle altre leggi.

Il mutamento della legge deve trovare il suo unico fondamento nella volontà *espressa* del legislatore; tale idea era in opposizione a quella del diritto romano comune ⁽¹⁰⁾, che configurava una dialettica tra legislatore e giudice nella determinazione degli effetti

⁽¹⁰⁾ I. C. CALVINUS, *De aequitate*, Mediolani, 1676, III, p. 154: « Retroactio nil aliud est quam quaedam fictio, dum fingitur, quod actus factus fuerit antequam vere factus sit ». Sulla diffidenza nei confronti della manipolazione del tempo da parte del legislatore cfr. alcuni rilievi di G. BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in « Coniectanea », Milano, 1966, p. 343 ss. Va ricordato che la teoria dell'abrogazione veniva trattata nel diritto comune nel capitolo delle presunzioni (MENOCHIO, *De praesumpt.*, II, n. 2). T. M. RICHIERI (*Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, 1774-1782, tit. II, § 125) considerava l'abrogazione espressa come uno dei casi di estinzione della legge.

della legge nel tempo: se la retroattività costituiva un capitolo della dottrina della equità, la abrogazione espressa era considerata solo uno dei modi di estinzione della legge. Nella età delle codificazioni i nuovi principi del diritto potevano ben giustificare un ordinamento politico-costituzionale, basato sulla subordinazione al legislatore di un giudice funzionario. La eliminazione della *interpretatio* veniva garantita da rigorose norme di riconoscimento, che potessero garantire la certezza del comando: esse trovavano il loro risvolto nella disciplina del giudice ed in un ordinamento burocratico della magistratura ⁽¹¹⁾. Ci basti ricordare l'*Einleitung* dell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*: « Come le consuetudini, le opinioni dei dottori, la decisioni dei giudici non possono introdurre nuove leggi, così pure le leggi esistenti non possono in tal modo essere abrogate » (§ 60).

3. Le norme di riconoscimento del giurista continentale e di quello inglese sono condizionate non solo dall'oggetto dell'indagine e dalle tecniche della ragione, ma altresì dal contesto politico costituzionale. Certo è che la rottura con la tradizione dei principi nel senso delle *regulae iuris* ha favorito l'isolamento, interrompendo la comunicazione tra i sistemi giuridici. Abbiamo finito per assolutizzare una particolare versione delle norme di riconoscimento (o delle norme designate con il termine *Zwischenprivatrecht* nel linguaggio di Zitelmann) ⁽¹²⁾. Esse sono manifestazione di una razionalità che definiremmo burocratica, in contrapposizione ad una razionalità dialettica; presuppongono il ruolo statico di un giudice funzionario. Nel confronto con altre esperienze dovremmo dubitare del valore assoluto di questi principi. Certo

⁽¹¹⁾ Sul rapporto tra responsabilità disciplina del giudice e interpretazione giudiziale nel diritto naturale moderno, cfr. A. GIULIANI - N. PICARDI, *La responsabilità del giudice; problemi storici e metodologici*, « L'educazione giuridica », III, 1978, pp. 3-74.

⁽¹²⁾ E. ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze* (in *Festgabe der Bonner Juristische Fakultät für Karl Bergbohm*, Bonn, 1919, pp. 207-241; trad. it. a cura di T. BALLARINO, in « Diritto internazionale », 1961). Tale dottrina sottintende una distinzione tra il settore in cui il giudice dispone di norme di riconoscimento (e pertanto la sua attività non è creativa) ed il settore in cui gode di un arbitrio completo.

è che la teoria non sembra più corrispondere alla pratica ⁽¹³⁾: e ciò appare la conseguenza di un frequente *ius superveniens*, di un nuovo ordinamento costituzionale, di un nuovo ruolo del giudice.

In un sistema giuridico in cui il diritto è *indivisible in time* appare assurda la pretesa di un legislatore che pretende di manipolare il tempo con gli strumenti della abrogazione e della retroattività della legge. La legislazione non è l'unico strumento di mutamento del diritto: vi è insomma una divisione del lavoro tra legislatore e giudice. L'utilizzazione da parte della giurisprudenza dei principi nel senso delle *legal maxims* evita l'applicazione ingiusta di una legge in sè giusta, anche se ha una natura intrinsecamente *retrospective* ⁽¹⁴⁾. Un sistema in cui il giudice opera con

⁽¹³⁾ I criteri di soluzione delle controversie offerti dalle disp. prel. del cod. civ. — come rivela l'analisi della nostra giurisprudenza — sono stati investiti da un fenomeno di relativizzazione, che lascia prefigurare i rischi di una giurisdizione senza legislazione. Come speriamo di dimostrare in altra sede, il fenomeno è ancora più accentuato nella determinazione degli effetti della legge nel tempo. L'art. 11 (irretroattività della legge) e l'art. 15 (abrogazione della legge) non offrono più rigide norme di riconoscimento aventi il giudice come destinatario: alcune decisioni, anche se giuste, appaiono scandalose dal punto di vista dei principi tradizionali. Un esempio paradigmatico è costituito dalla interpretazione retroattiva dell'art. 429, comma 3, cod. proc. civ. (nel testo fissato dall'art. 1 l. 11 agosto 1973 n. 323); cfr. S. MAGRINI, *La normativa sulla rivalutazione dei crediti di lavoro ed una (inesistente) eccezione al principio di irretroattività della legge*, « Giust. civ. », 1975, p. 518. Da rilevare che il riferimento al 'topos' dell'ordine pubblico (*infra* nota 14) appare negli *obiter dicta* della sentenza (Cass., sez. lav., 8 febbraio 1975, n. 495): « Così intesa la norma seconda e prosegue un disegno politico legislativo inteso a conservare alla retribuzione, sottratta alla bruta legge del prezzo di mercato, la sua funzione in parte alimentare e in parte sociale ». È da ricordare che l'interpretazione retroattiva è stata accolta dalla Corte Costituzionale (29 dicembre 1977, n. 161, in « Giust. cost. », 1977, I, 1512).

⁽¹⁴⁾ Su tale problematica è particolarmente significativa la trattazione del cap. 9 (in particolare, *infra*, p. 342 ss.) dedicato alla dottrina del contratto; significativa l'affermazione, qui ricordata, del prof. Lawson che « esistono, d'altro canto parti del diritto che hanno funzione essenzialmente retrospettiva ». Sui problemi connessi alla retroattività della giurisprudenza (*overruling*) rinviamo alla voce *Case-Law* nel *Glossario* di L. MOCCHA in calce a questo volume.

La dottrina e la giurisprudenza nel nostro paese rivelano un carattere più marcatamente formalistico rispetto a quella di altre esperienze continentali, in cui il principio di irretroattività è stato temperato dal riconoscimento della clau-

finzioni e presunzioni (p. 342) era inammissibile per Bentham, in quanto minava la certezza del diritto: il *common law* gli appariva un *dog law*.

Il mutamento giurisprudenziale riesce ad evitare soluzioni inique, che non sono eliminate neppure dal mutamento della legislazione. Sotto tale profilo è particolarmente illuminante il confronto — anche per quanto si riferisce alla opposta struttura dei principi del diritto utilizzato — su un caso proposto in questo libro (p. 142): se un erede testamentario possa succedere, anche nel caso di omicidio commesso nei confronti del testatore in assenza di una norma che contempra un tale caso di indegnità a succedere. La soluzione in un sistema di *common law* è negativa sulla base di un principio di *public policy*: nessuno può trarre profitto dalla propria condotta illecita.

Confrontiamo la soluzione di un caso sotto certi profili analogo — ricorrente nella nostra letteratura civilistica da Coviello a Messineo ⁽¹⁵⁾ — ricavata sulla base del c.d. principio del fatto compiuto (*facta praeterita*): « Poniamo che una nuova legge annoveri tra gl'incapaci a succedere per indegnità chi abbia ingiuriato gravemente quello della cui successione si tratta, mentre la legge precedente non riconosceva tale causa d'indegnità. Ora il fatto dell'ingiuria si è avverato sotto l'impero della legge vecchia; il fatto dell'apertura della successione s'avvera sotto la nuova legge. Non si potrà applicare la legge nuova a colui che ha ingiuriato, perché se è vero che il fatto dell'apertura della successione è nuovo, e il diritto non sorge che in questo momento, è vero d'altra parte che dichiarando indegno di succedere chi ha ingiuriato in tempo in

sola di un 'ordine pubblico temporale', accertabile dalla stessa giurisprudenza; per alcuni riferimenti BROGGINI, *op. cit.*, p. 382. Il principio (accettato da esperienze giuridiche a noi affini, come il diritto argentino e quello svizzero) trova il suo punto di riferimento nella dottrina di Savigny. Cfr. H. COING, *Savignys Lehre vom intertemporalen Privatrecht und die Theorien seiner Zeit*, « Ius commune », VIII, 1979, p. 68.

Tale principio è stato respinto dalla dottrina italiana in quanto avrebbe lasciato un « campo sconfinato all'arbitrio del giudice »; cfr., per tutti N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 101.

⁽¹⁵⁾ COVIELLO, *op. cit.*, p. 109; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, pp. 53-54.

cui vigeva la legge che all'ingiuria non faceva derivare una tale conseguenza, si avrebbe unicamente considerazione di quel fatto passato, che così verrebbe ad essere regolato dalla legge nuova contro il principio della non retroattività». I principi del diritto finiscono per legittimare l'applicazione ingiusta di una legge giusta.

I principi, e le norme di riconoscimento, di un *common lawyer* ('legal fictions', 'legal standards', etc.) non sono soltanto sostanziali, ma anche procedurali. La *rule of law* esige che le norme siano applicate con una procedura appropriata e corretta (p. 140). Il libro offre una interessante rassegna di casi, in cui 'principles of fairness' nel processo sono stati cristallizzati in veri e propri principi di giustizia naturale. Ad esempio il principio *audita altera parte* ⁽¹⁶⁾ trovò una importante formulazione in un caso del 1723, in cui la *Court of King's Bench* reintegrò il Dr. Bentley nel grado accademico di *Doctor of Divinity*. Ulteriori principi di giustizia naturale sono stati affermati in vari testi legislativi, e in particolare nel *Tribunals and Inquiries Act* (1958) si è riaffermato l'obbligo della motivazione delle decisioni. In un caso scozzese (*McDonald v. Burns*) del 1940 si è affermato che la nullità di una procedura non può essere dichiarata per vizi di forma, ma «the irregularities ... must go to the honesty and integrity of the proceedings complained of».

Un particolare interesse per il giurista continentale ha l'evoluzione dei *legal standards*: sono regole che fanno riferimento al senso comune, a principi di condotta, a valutazioni sociali. La loro determinazione era affidata nel passato alle giurie; oggi che le giurie stanno di fatto scomparendo nel processo civile, i giudici — nel determinare gli standards di ragionevolezza — si comportano 'as a jury would have done'. Ma la determinazione giudiziale — in quanto rappresenta un precedente per i casi futuri — finisce per risolvere gli standards in 'sub-rules'. Frequente è il ricorso a *standards* in testi legislativi: ma, a differenza del diritto continentale, il diritto inglese rivela una progressiva diffidenza

(16) Il principio del contraddittorio non appare più strumento di ricerca della verità al diritto naturale moderno, ma viene degradato a principio formale. (cfr. nota 94). Questo fenomeno favorisce la frattura tra diritto e processo su cui R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 29 ss.

verso « la fuga nelle clausole generali ». Lo stile differente nella legislazione sottintende, come vedremo, un diverso modello di legislatore.

4. La consapevolezza del carattere intrinsecamente 'retrospective' di un *judge-made law* non porta alla esaltazione del decisionismo giudiziario: il giudice in un sistema di *common law* non è il *Richter König*, caro a certe correnti dell'antiformalismo giuridico. La discrezionalità del giudice è compensata da meccanismi logici, istituzionali, giudiziali che ne individuano i *limiti*. La dialettica tra equità e diritto stretto è stata assicurata per secoli dalla struttura stessa di un ordinamento giudiziario basato sulla distinzione tra corti di *common law* e corti di *equity*. Francesco Bacone profetizzava che qualora si fosse affermata la tesi cara ai giuristi francesi (e cioè affidare alle stesse corti giudizi di equità e *secundum ius strictum*) l'arbitrio avrebbe invaso il diritto⁽¹⁷⁾. Ma soprattutto la dialettica legislatore-giudice ha una funzione razionalizzatrice e correttiva in un sistema di *common law*. Lo stile stesso della legislazione è opposto a quello continentale, che presuppone l'onnipotenza di un legislatore, che — almeno nella dottrina classica — operava con materiali storici⁽¹⁸⁾.

Dal punto di vista di un *common lawyer* la legislazione per principi — caratteristica dei sistemi continentali — conduce alla incertezza nel momento della applicazione giudiziaria. Là dove la legislazione è « an intruder into an area of common law »⁽¹⁹⁾,

⁽¹⁷⁾ Sull'argomento cfr. G. GIARRIZZO, 'Aequitas' e 'Prudentia', « Boll. del Centro di Studi vichiani », VII, 1977, p. 27. Nella esperienza del nostro diritto comune la responsabilità *professionale* è la forma di compensazione alla libertà del giudice. Cfr. GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 22 ss.

⁽¹⁸⁾ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, a cura di A. FEBBRAJO, Bologna, 1978, p. 65 ss.

⁽¹⁹⁾ *The Preparation of Legislation. Report of a Committee appointed by the Lord President of the Council* (Presented to Parliament by the Lord President of the Council by command of His Majesty), May 1975 (Cmnd. 6053), p. 55. Questo *Report* — il cui fine era la riforma dell'*Interpretation Act* del 1889 — contiene una acuta analisi delle differenze tra il modello continentale e quello inglese di legislazione: « In this country ... the rules of interpretation are narrower and the courts ... look at the meaning of the statute and do not tend to go behind those

il modello è quello di una legislazione dettagliata: se la legge è l'alfa e l'omega di sè stessa, le norme di interpretazione sono più rigide. Il caso del *Rent Act* (1968) relativo alla determinazione dell'equo canone, è paradigmatico per quanto si riferisce all'uso di standards tipizzati nella legislazione.

Sotto tale profilo questo libro può contribuire ad una migliore comprensione della discussione contemporanea sui problemi di teoria del diritto nella cultura anglo-americana: esso ci porta, anche se non intenzionalmente, al cuore della *Dworkin-Hart controversy* (20). La dottrina hartiana delle norme di riconoscimento è considerata un importante contributo al positivismo giuridico contemporaneo (21). Ma la configurazione di tali norme è stata giudicata rigida e formalistica da Dworkin, in quanto viene proposto un modello normativo ('model of rules') che non tiene conto dei *principles*. Senza entrare nel merito della controversia, vorremmo osservare che le norme di riconoscimento individuate dal positivismo hartiano — almeno nella versione offerta dai suoi critici — presentano analogie, forse non casuali, con quelle proposte da una atmosfera culturale che ha portato al movimento di riforma dell'*Interpretation Act* del 1889 (22). I principi di Dworkin non sono norme *stricto sensu*, ma 'general fundamental maxims of the common law', come quella a cui si riferirono i giudici nel famoso caso *Riggs v. Palmer* (*infra*, p. 143). Questo libro — attraverso una rilevazione delle effettive tecniche del ragionamento giudi-

words in order to establish the intention of the legislature ». (ib.). Tra i suggerimenti ricordiamo: la rigida presunzione di non retroattività della legge; nuove norme per la interpretazione del diritto comunitario, l'uso del preambolo, etc.

Sulla problematica del preambolo, dal punto di vista dei sistemi giuridici socialisti cfr. C. S. VARGA, *The Preamble: a Question of Jurisprudence*, « Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae », 13, 1971, pp. 101-128.

(20) Fra i lavori di H. L. A. HART ricordiamo: *Contributo all'analisi del diritto*, a cura di V. FROSINI, Milano, 1964; *Il concetto del diritto*, a cura di M. CATTANEO, Torino, 1965. Per una difesa del positivismo hartiano nei confronti delle critiche di D. DWORKIN (*Taking Rights seriously*, London, 1977), cfr. G. R. CARRIÒ, *Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », X, 1980, p. 143.

(21) N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 175 ss.

(22) *The Preparation of Legislation*, cit.

ziale di un *common lawyer* — ci rivela che il fenomeno della discrezionalità (*adjudication*) non è limitato agli *hard cases*, o ai problemi costituzionali ⁽²³⁾.

5. Il secolo XX ci pone di fronte ad una nuova classe di controversie legate ai problemi della comunicazione interpersonale: pare emergere una sorta di diritto alla verità (e tale è non solo il diritto alla informazione, ma anche il diritto alla riservatezza) ⁽²⁴⁾. La struttura di tali diritti non permette una rigorosa definizione, e la loro sussunzione nella categoria dei tradizionali diritti costruiti dalla dogmatica continentale. Là dove ci troviamo di fronte a conflitti tra valori essi ci appaiono irrazionali: manca insomma la fiducia in una ragione pratica. I nuovi diritti hanno in comune con quelli tradizionali soltanto il nome; i problemi relativi alla comunicazione interpersonale ci invitano oggi a riconsiderare i fondamenti stessi della nostra concezione del diritto, e delle sue tecniche della ragione. I nuovi diritti soffrono infatti del loro peccato di origine: e cioè di essere stati costruiti come appendici del

⁽²³⁾ D. D. RAPHAEL, nella recensione al libro di DWORKIN, cit. («Mind», 1979, p. 307) acutamente osserva i limiti della sua dottrina dei *principles*: «... the essay gives the impression (no doubt unintentionally) that adjudication generates new law only in hard cases». L'impressione potrebbe trovare conferma nella interpretazione della dottrina di Dworkin da parte di un nostro costituzionalista (S. BARTOLE, *In margine a 'Taking Rights Seriously'*, «Materiali», cit., p. 185 ss.).

⁽²⁴⁾ Abbiamo sostenuto in altra sede che i presupposti filosofici e logici del diritto naturale moderno costituiscono un'ostacolo alla configurazione dei nuovi diritti. L'interesse prevalente per lo scambio economico oscura la problematica dello scambio nella verità e nella comunicazione interpersonale; cfr. *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, «Atti del X congresso nazionale di filosofia giuridica e politica» (Bari 3-5 ottobre 1974), Milano, 1975, p. 167.

Per il diritto naturale moderno non vi è verità nella comunicazione inter-soggettiva «Sic ut veritati Logicae, quae in conformitati verborum cum rebus consistit, veritas Ethica ... superaddat dicentis intentionem atque obligationem». (PUFENDORF, *De iure*, IV, par. 8). Il carattere quantitativo, contabile della concezione continentale del diritto è messo in evidenza da R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris, 1969. Su questa opera cfr. le osservazioni di L. HUSSON, *La dimension philosophique du droit comptable*, «Revue de synthèse», 1970 (p. 239) e 1971 (p. 213), e in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, p. 377.

diritto di proprietà nel quadro di una concezione contabile del diritto. La loro struttura rischia di essere oscurata dalla terminologia impiegata: diritto e obbligo. Essi sono in una situazione antinomica, in quanto si condizionano e si limitano reciprocamente; il privilegio di uno potrebbe ritorcersi contro il garantismo ed avere implicazioni totalitarie.

Vorremo richiamare l'attenzione sul cap. VIII dedicato alla 'Privacy', in quanto permette al lettore continentale un confronto tra soluzioni ricavate con opposte norme di riconoscimento. Anche se si cominciò a parlare di diritto alla 'Privacy' solo alla fine del XIX secolo da Warren e Brandeis negli Stati Uniti, non ci si lasciò ingannare dalla 'sophistication of the concept'. Nel diritto inglese vi è diffidenza verso il riconoscimento di un diritto generale alla « 'Privacy': di un generale *Persönlichkeitsrecht* », per usare la terminologia dei giuristi tedeschi. La maggioranza del *Committee on privacy* nel suo rapporto (1972) ha sostenuto che il riconoscimento di un diritto generale finirebbe per 'inhibit free communication'. Sotto tale profilo il diritto inglese si differenzia anche rispetto a quello degli Stati Uniti, che vede nella invasione della *privacy* un 'actionable tort'.

6. In conclusione vorremmo osservare che questo libro — destinato ad un corso di *Jurisprudence* — merita attenzione non solo per la sua tesi (e cioè l'esistenza di valori giuridici peculiari della civiltà occidentale), ma anche dal punto di vista della didattica giuridica, in quanto offre un nuovo modello di *text-book*. I classici manuali di *Jurisprudence* tendono ad imporre agli studenti una particolare concezione del diritto e dei suoi problemi fondamentali: la conoscenza delle varie dottrine risulta inevitabilmente di seconda mano. I *Readings* hanno il vantaggio di una lettura diretta, ma soffrono inevitabilmente della preferenza nei criteri di selezione. Viene qui offerta una chiara ed equilibrata sintesi delle antinomie, delle alternative, dei problemi che sono persistenti nella filosofia occidentale del diritto: ad essi vengono ricollegate — anche da un punto di vista comparativo — tecniche e soluzioni della dottrina e della giurisprudenza. In un momento storico in cui andiamo faticosamente alla ricerca di una 'nova methodus' per rispondere alle nuove esigenze della educazione giu-

ridica e dell'insegnamento del diritto, questo libro offre idee e suggerimenti per innovare nella nostra tradizione: il metodo proposto potrebbe farci rimeditare l'opportunità di un ritorno al modello delle nostre *Enciclopedie giuridiche*, svincolato però dalle tentazioni sistematiche, e riformulato nei termini di un sapere dialettico e problematico.

ALESSANDRO GIULIANI

I VALORI GIURIDICI
DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE

LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

A.C.	Appeal Cases (U.K. 1891-)
All E.R.	All England Reports (1936-)
<i>Am. Jo. Comp. Law</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
B.G.B.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>Cam. L.J.</i>	<i>Cambridge Law Journal</i> (1921-)
Ch.	Chancery Reports (England)
C.L.R.	Commonwealth Law Reports (Australia: 1903-)
C.M.L.R.	<i>Common Market Law Reports</i>
Co. Lit.	Coke upon Littleton
Cr. App. R.	Criminal Appeal Reports
<i>Crim. L.R.</i>	<i>Criminal Law Review</i> (England)
D.	Dunlop's Reports (Scotland, 1838-62)
Ex.	Exchequer Reports (1866-75)
<i>Harv. L.R.</i>	<i>Harvard Law Review</i> (1877-)
H.L.	House of Lords Reports (1866-75)
J.C.	Justiciary Reports (Scotland)
J.S.P.T.L.	Journal of the Society of Public Teachers of Law
<i>Jur. Rev.</i>	<i>Juridical Review</i>
K.B.	King's Bench Reports (England)
Law. Com.	Law Commission
<i>L.Q.R.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>M.L.R.</i>	<i>Modern Law Review</i>
<i>N.Y.U.L.R.</i>	<i>New York University Law Review</i>
N.E.	North Eastern Reporter (U.S.A.: 1855)
N.Y.	New York Supreme Court Reports (1847-)
<i>Proc. Aristot. Soc.</i>	<i>Proceedings of the Aristotelian Society</i>
Q.B.	Queen's Bench Reports (1891-1901, 1952-)
<i>R.D.P.</i>	<i>Revue du droit public</i>
S.C.	Session Cases (Scotland)
T.L.R.	Times Law Reports
U.S.	United States Supreme Court Reports
W.L.R.	Weekly Law Reports (England: 1953-)
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i> (1891-)

Le note introdotte con parentesi quadra sono a cura della traduttrice. Sono state indicate, ove possibile, le traduzioni italiane dei numerosi testi e passi citati, da cui però è stato necessario allontanarsi per garantire l'uniformità dello stile.

PREFAZIONE

Il nostro diritto non è più oggi pacificamente accettato come il migliore fra tutti i possibili diritti. Quando agli studenti di giurisprudenza vengono esposte le norme di una branca particolare del diritto, essi tendono — più frequentemente che non quelli delle generazioni precedenti — a porre domande come: 'Quali sono i presupposti di questa parte del diritto?'; 'Quali sono i suoi scopi?'; 'Con quali criteri possiamo giudicare la sua bontà?'. Questo libro non ha la pretesa di fornire risposte facili a tali questioni. Il suo obiettivo è, piuttosto, quello di proporre una struttura utilizzabile quale base di discussione. Abbiamo cercato in primo luogo di delineare un quadro problematico dei valori la cui realizzazione è stata tradizionalmente perseguita dai diritti dell'Europa occidentale, ed in secondo luogo di individuare il ruolo di tali valori nel diritto odierno.

I sistemi di diritto occidentali — derivanti in parte dal diritto romano e in parte dalle consuetudini germaniche nella forma del common law — hanno seguito un processo di sviluppo relativamente autonomo; tuttavia, nella sfera del diritto privato, il quale regola i rapporti fra cittadini, essi condividono determinati valori. 'Ordine', 'giustizia' e 'libertà personale' non sono mere espressioni retoriche, ma valori che occupano un posto indiscusso nella storia della speculazione giuridica occidentale. Abbiamo cercato di individuare il loro ruolo nei primi capitoli, e di dimostrare — con esempi tratti dal diritto romano e dal common law — in quale misura questi valori possono operare, e in effetti operano nel diritto. Nella misura in cui i giuristi, sebbene da differenti contesti culturali, condividono gli stessi valori, tendono ad operare in modi simili. Ed una conferma potrebbe trovarsi nella natura della procedura giudiziaria. Nei successivi capitoli la nostra indagine è rivolta ai settori più importanti del diritto contemporaneo in cui i valori fondamentali

si fronteggiano e si limitano reciprocamente. Si è dato rilievo pertanto allo stato attuale del diritto nella nostra società.

Pare giustificata la sensazione degli studenti, secondo cui verrebbe trascurato un elemento fondamentale nel curriculum degli studi giuridici, se non fosse loro offerta la possibilità di affrontare e verificare questi problemi. Se è pur vero che non è possibile seguire per anni gli studi di giurisprudenza senza acquisire un certo numero di idee sugli scopi e le funzioni del diritto, è anche vero però che quelle idee restano spesso, nella mente dello studente, vaghe e di esse lo studente ne ha appena la consapevolezza. È stato rilevato, a ragione, che « la sola differenza fra un individuo 'privo di una sua filosofia', ed un altro che invece la possiede, consiste nel fatto che il secondo è in grado d'interpretare la propria filosofia » ⁽¹⁾. Speriamo che il libro possa dar luogo ad un dibattito più informato sui valori giuridici da parte di giuristi e studenti.

Desideriamo ringraziare Mr. L. H. Castro e Mr. B. W. Napier, entrambi del Queens' College di Cambridge, per i consigli e l'aiuto durante la preparazione del testo e la correzione delle bozze. Particolarmente grati siamo al prof. D. N. MacCormick, dell'Università di Edimburgo, che ha interamente letto la prima stesura dell'opera, per un certo numero di modifiche e proposte. Pur traendo gran profitto dai suoi rilievi, non vi abbiamo sempre aderito: e non si può arguire che egli concordi con tutto ciò che abbiamo scritto. La responsabilità è tutta, solidalmente, nostra.

PETER STEIN
JOHN SHAND

⁽¹⁾ F. S. C. NORTHROP, *The complexity of legal and ethical experience*, 1959, p. 6.

VALORI GIURIDICI, TEORIA DEL DIRITTO E TEORIA SOCIALE

Se per diritto si intende il processo con cui la condotta umana viene assoggettata a regole imposte e fatte valere dall'autorità dello Stato, si può affermare che tutte le società progredite hanno riconosciuto il diritto quale condizione necessaria della loro esistenza. Le norme giuridiche assumono caratteri e svolgono funzioni differenti in società diverse. Verrà qui analizzato il loro ruolo nelle società di tipo liberale-democratico, che si sono sviluppate soprattutto nell'Europa occidentale.

Quale è la funzione del diritto? In Gran Bretagna l'immaginazione popolare lo identifica con varie figure: la guardia dal tipico casco blu che regola il traffico e seda una rissa per strada; i membri del Parlamento che discutono instancabili un qualche articolo di legge, mentre il quadrante illuminato del *Big Ben* indica paziente l'ora tarda della seduta; il giudice in parrucca e toga, impassibile e austero, che rimprovera l'imputato per la sua cattiva condotta; l'occhialuto legale che dalla scrivania sbircia, con fissità da gufo, i volumi dell'archivio. Ciascuna di queste immagini, in una certa misura, 'incarna la legge'; nel loro insieme esse esprimono tre idee fondamentali: l'ordine, la giustizia, la libertà.

Questi sono i tre valori fondamentali del sistema giuridico. Quando le istanze sociali evidenziano una qualche deficienza in uno di questi valori, il diritto viene sottoposto a critica, ma raramente tali critiche li investono tutti e tre contemporaneamente. La società occidentale attuale esprime l'esigenza di ordine, giustizia e libertà; e, all'interno di questi valori, i rapporti d'equilibrio appaiono in tensione. Un sistema giuridico che si contenti

di mantenere l'ordine con la mera repressione di ogni e qualsiasi turbativa non ci soddisfa. Pretendiamo certamente che il diritto assolva questo compito, ma esigiamo altresì che si traduca in giustizia. Ci si attende, cioè, che non solo il diritto possa arginare la violenza, ma che debba avere anche applicazione uguale, e che le sue norme siano tali da impedire discriminazioni e iniquità. Così pure, ci si attende la protezione nei confronti di governi troppo zelanti o di legislatori eccessivamente inclini a considerare la società come un tutto. Può accadere che questi governi, nel mantenimento dell'ordine e nel perseguimento di obiettivi di benessere e giustizia per la collettività nel suo insieme, limitino oltre misura la libertà di movimento o di espressione del singolo. Quando le possibilità di scelta dell'individuo perdono gran parte del loro significato, quest'ultimo perviene ad una condizione in cui si sente solo, frustrato e non realizzato. Occorre allora rivolgersi al diritto perché ponga limiti determinati ai pubblici funzionari, annullando qualsiasi loro provvedimento che non rispetti la sfera della libertà del cittadino. I detentori del potere devono essere soggetti al diritto ed alle sue sanzioni. Per essere un individuo nel pieno dei propri diritti, il cittadino deve essere in grado non solo di dire e fare ciò che egli reputa giusto, ma anche di poter invocare il meccanismo di tutela della legge, ogniqualvolta avverta che gli vengono frapposti ostacoli ingiustificati.

Ordine, giustizia e libertà non sono gli unici valori che operano nel diritto. Molte norme sono soprattutto fondate sulla utilità, sul criterio del massimo beneficio collettivo — inteso in termini di convenienza — con il minimo costo per l'individuo. Ad esempio le disposizioni sul traffico, il cui carattere è essenzialmente amministrativo, sono basate sull'utilità. Non può certo dirsi che i disagi causati da tali norme all'individuo interferiscano in modo sostanziale con l'esercizio della sua libertà; dalla loro applicazione può talvolta derivare un elemento d'ingiustizia, minima tuttavia, se paragonata al costo proibitivo che soluzioni alternative comporterebbero per la comunità. Se è vero che uno degli obiettivi che la società si prefigge è il raggiungimento della felicità dei suoi membri, allora l'utilità intesa nel senso della massima felicità del maggior numero è cosa che non può non riguardare il diritto. L'utilità è, però, un valore di livello meno

elevato di quanto non siano i tre inizialmente citati. Qualora un'intera sfera del diritto (quale, ad esempio, quella relativa ai reati di violenza o quella che regola l'espropriazione per pubblica utilità) venisse basata su criteri meramente utilitaristici — e senza riguardo a più alti valori giuridici — il diritto stesso parrebbe esser venuto meno alla propria funzione. Anche se considerazioni di utilità sono sempre presenti all'interno del diritto, non ne costituiscono l'aspirazione, che va ritrovata invece nei tre valori di base.

All'estremo opposto della scala dei valori vi sono quelli che il diritto non può realizzare: misericordia e amore.

Un individuo può essere clemente e rinunciare a ciò che gli è dovuto, ma la legge richiede la tutela dei diritti e l'adempimento degli obblighi. La clemenza è, essenzialmente, un valore extragiuridico e, quando è trasferita nella sfera del diritto, finisce per interferire sugli effetti delle norme giuridiche. Nei casi in cui si è tentato di attrarla all'interno dell'esperienza giuridica, essa è stata istituzionalizzata, perdendo alcuni dei suoi lineamenti essenziali. In Inghilterra il sovrano esercita la prerogativa della grazia quando condona la pena inflitta dal tribunale a un condannato. La più importante applicazione di tale prerogativa fu la concessione della sospensione di esecuzione della sentenza rispetto ad imputati riconosciuti colpevoli di omicidio, in un'epoca in cui la pena capitale costituiva l'unica condanna prevista per tale reato. Il condannato presentava domanda di grazia. La prerogativa del sovrano doveva essere esercitata su parere del Ministro degli Interni; ma, in vari tempi, i Ministri dissero chiaramente che non si sentivano di esprimere questo parere sulla sola base dei dettami della propria coscienza. Il rifiuto era motivato dalla necessità di evitare che, volta a volta, la possibilità di sospendere la sentenza dipendesse troppo dalla discrezionalità del Ministro in carica. Si giunse alla definizione di regole interne all'amministrazione, che stabilirono i casi in cui il provvedimento poteva essere concesso e quelli in cui non lo poteva. Tali regole, sebbene mai emanate ufficialmente, sono state tuttavia seguite dai Ministri di tutti i partiti politici. Talché l'esigenza di coerenza, la volontà di considerare casi analoghi in modo simile — indipendentemente quindi da chi fosse Ministro in carica al mo-

mento — prevalse sul valore della clemenza, che divenne di fatto un mero stadio del corso ordinario della legge.

Anche l'amore è un valore essenzialmente extragiuridico. Nelle sue esigenze è fondamentalmente illimitato. Nasce da un sentimento positivo interiore d'affetto di una persona per un'altra, e la condotta che richiede non può essere predeterminata. Le norme giuridiche fissano i doveri di un individuo nei confronti di altri, in limiti precisamente definiti. È proprio della natura della norma l'essere espressa con la massima esattezza possibile in modo che ognuno sia in grado di conoscere — nel caso della violazione della legge — quali saranno le sanzioni per il reato commesso. Ordinamenti in grado di contenere tutti i molteplici aspetti di ogni tipo di situazione possibile e prevedibile appaiono comunque inattuabili. La capacità umana di previsione non è così infallibile da riuscire a prevedere ogni eventualità né, d'altra parte, il linguaggio umano è così perfetto da permettere la precisa e chiara espressione di tutte le intenzioni del legislatore. Possono presentarsi casi a cui non si sia precedentemente pensato, o per i quali non si sia ancora provveduto. Inoltre, la maggior parte delle norme giuridiche che regolano la condotta umana sono espresse in termini negativi, nel senso che prescrivono ciò che l'individuo non deve fare, indicando le sanzioni conseguenti alla condotta illecita. Non sono invero molte le situazioni che si prestano a prescrizioni generali espresse in termini positivi, che indichino ciò che deve esser fatto e che prevedano sanzioni nel caso che l'azione non venga compiuta. È facile riconoscere la norma secondo cui nessuno deve nuocere agli altri, ma è meno accettabile una norma generale che imponga a ciascuno di soccorrere chiunque sia in condizione di bisogno. « La mancanza di gentilezza non è perseguibile », ricorda un proverbio giuridico scozzese: l'omissione è perseguibile solo in casi specifici. L'art. 63 del *Code pénal* è insolito perché punisce « ... qui-conque, pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire ». Così pure, quel codice persegue chiunque volontariamente tralasci di soccorrere una persona in pericolo, pur sapendo che tale intervento non comporterebbe rischi per sé o

per altri. Molti sistemi giuridici, quali ad esempio quello romano e quello inglese, hanno più volte incontrato difficoltà a concedere — in tema di causalità giuridica — l'azione di risarcimento per danni in casi in cui il danno stesso risultasse causato da omissione o inadempimento.

Il contrasto tra amore e diritto emerge nella Bibbia. Con una sola eccezione, i Dieci Comandamenti sono precise norme giuridiche espresse in forma negativa: non rubare, non uccidere, etc. ⁽¹⁾. Il Vangelo cristiano del Nuovo Testamento ha un carattere affatto diverso. In un passo del Sermone della Montagna, noto come Antitesi, Gesù Cristo esprime alcune regole basilari dei Dieci Comandamenti, introducendo ciascuna di esse con le parole « Hai appreso » e facendo seguire ogni volta « Io te l'ho detto » ⁽²⁾. Entrambe le frasi indicano che Cristo personalmente esige un livello di moralità più elevato di quello prescritto dalla legge. « Non uccidere », prescrivono i Comandamenti, ma Lui dice che deve essere portato in giudizio anche chi solamente covi l'ira per il proprio fratello. La legge considera l'atto esterno; non entra, normalmente, nelle intenzioni. Gesù Cristo richiede, invece, la purezza del cuore e non solo quella delle mani. Egli riduce la totalità della legge morale al doppio comandamento d'amore: amare Dio e amare il prossimo. Il Vangelo non contiene un catalogo specifico di doveri attraverso cui i Comandamenti devono essere attuati; non indica gli obblighi minimi dell'amore. In effetti, nega che il sistema di vita del cristiano possa essere espresso in termini giuridici, perché non vi è un limite massimo definito oltre il quale il cristiano possa essere sicuro di non aver bisogno di elevarsi ⁽³⁾. I membri di una società autenticamente cristiana tenuti insieme dall'ideale dell'amore fraterno non avrebbero, in pratica, bisogno del diritto; base della loro condotta sarebbero valori più elevati di quelli della legge. Se i suoi componenti attuassero in pieno i comandamenti dell'amore, realizzerebbero una società di santi. I santi non si oppongono alla legge,

⁽¹⁾ *Deuter.*, 5. 6-21.

⁽²⁾ *Matth.*, 5. 17-48.

⁽³⁾ J. L. MACKENZIE, *Law in the New Testament*, in 26 *The Jurist*, 1966, p. 170 ss.

a meno che questa impedisca loro di fare ciò che è dettato dall'amore per il prossimo. Nei confronti della legge sono, piuttosto, indifferenti, e il loro agire ne è ben poco influenzato.

Tuttavia, il perseguimento dell'ideale dell'amore fraterno provoca, a livello pratico, molte difficoltà. Da un lato, anche se tutti i membri di una società fossero animati da buona volontà verso gli altri, potrebbero venire a crearsi situazioni in cui potrebbe risultare non del tutto chiaro quel che ciascuno dovrebbe fare per attuare l'ideale stesso. Ma anche immaginando che lo spirito di fraternità del Natale non si estingua mai, non si potrebbe fare a meno di un qualche criterio d'indirizzo morale superiore. A tale scopo i cristiani possono invocare la guida divina, che è però sempre espressa in modo tale da lasciare l'individuo libero di seguirla o di non seguirla. L'obbligo morale postula, infatti, la libertà del volere. Per ciò stesso, l'individuo conserva, in ogni circostanza, la responsabilità delle proprie azioni. Comunità come quelle di Calvino in Ginevra o dei Gesuiti in Paraguay, che tentarono di porsi sotto la diretta volontà di Dio, giunsero alla conclusione che era indispensabile servirsi di un tramite umano. I loro capi, reputando se stessi unici interpreti della volontà divina, ritennero di possedere il monopolio della verità; e società di questo tipo caddero sotto la volontà di despoti. Per conseguenza, al fine di evitare che l'amore degenerasse in arbitrio, esse si diedero un sistema di regole a cui tutti, compresi gli stessi legislatori, dovevano essere subordinati.

D'altro canto, la maggioranza della società non è composta da santi, ma da uomini comuni con sentimenti comuni.

Costoro possono, in teoria, accettare l'ideale dell'amore fraterno; nella vita pratica, però, non riescono ad attenervisi. Necessitano di norme che non siano modellate sul superuomo, ma possano essere recepite e seguite dall'uomo comune. La legge può prescrivere modelli di comportamento commisurati, comunque, alle capacità medie della maggioranza, anche se alcuni membri della comunità troveranno difficile uniformarvisi.

La tradizione occidentale ha finito per considerare ordine, giustizia e libertà dell'individuo come i valori giuridici principali; e ciò per aver constatato l'impossibilità di attuare, attraverso meri meccanismi legislativi, altri valori di un più elevato livello.

Esiste così un consenso generale sul fatto che tali valori debbano operare all'interno del diritto. Nei capitoli che seguono li analizzeremo, mettendo in rilievo sia il significato da loro assunto nel corso della storia del pensiero giuridico occidentale, sia la misura in cui operano nei sistemi giuridici contemporanei. Occorre tener presente, comunque, che il diritto tenta di accogliere tutti i valori fondamentali; anche se essi non hanno — nei suoi specifici settori o nelle diverse epoche storiche — la stessa importanza.

Valori giuridici e teoria del diritto.

Ogni teoria, che offra spiegazioni sulla natura del diritto, ha finito per privilegiare un valore, escludendone gli altri.

Ordine e positivismo.

L'ordine è stato considerato il valore fondamentale in una linea di pensiero oggi genericamente nota come positivismo, secondo cui una norma è diritto per il fatto che è stata posta (da *positum*) dall'autorità sovrana nella comunità. Già nella *Repubblica* di Platone, Trasimaco sostiene che i termini 'giusto' e 'legale' altro non sono che denominazioni assegnate dagli effettivi detentori del potere di uno Stato al tipo di condotta imposta ai sudditi. Le leggi, a cui essi in tal modo conferiscono dignità, sono dirette a favorire gli interessi di chi comanda.

Tale idea fu ripresa, in forma più sofisticata, nel sedicesimo secolo, al fine di giustificare il potere legislativo di chi governava gli Stati nazionali, che stavano allora emergendo. Jean Bodin, nel *De republica libri sex* (1565), sostenne che l'essenza della sovranità consiste nel suo essere libera da qualsiasi tipo di limitazione giuridica. Chi governa può, naturalmente, assumersi l'impegno di prescrivere norme conformi ad un qualche modello esterno; quando però chi governa è sovrano, dipende da una sua personale decisione se, e in quale misura, questa norma debba valere anche nei suoi confronti. Invero, la sovranità cessa di essere tale se è sottoposta a condizioni (I. 8): una norma diviene legge solo in quanto prodotto della volontà del sovrano. In tale prospettiva, esempio tipico di legge è un editto o statuto promulgato da un sovrano, sia esso una persona oppure un organo.

Il diritto consuetudinario acquista validità solo attraverso l'approvazione del sovrano.

Nel secolo successivo Thomas Hobbes ribadì tale punto di vista: lo scopo del *Leviathan* (1651) (4) era anche politico, in quanto diretto alla formulazione di una teoria in grado di sostenere la monarchia in lotta col Parlamento. Per capire il modo in cui l'uomo arrivò ad organizzarsi in società politiche, Hobbes postulò la preesistenza di uno stato di natura; asserì che, all'interno di tale stato, la condizione dell'uomo è una guerra di tutti contro tutti, ove ciascuno persegue il proprio interesse particolare. Come si legge in una frase divenuta famosa: « Pongo, come una inclinazione generale dell'intero genere umano, un perpetuo e tormentoso desiderio di potere che si estingue solo con la morte » (cap. xi). Così, nello stato di natura, l'uomo non può godere alcuno dei benefici della civiltà, ed è incessantemente tormentato dall'ansia e dall'insicurezza; in esso « la vita dell'uomo è solitaria, misera, spiacevole, brutale e breve » (cap. xiii). Per sfuggire a tale condizione gli uomini stipularono un contratto con cui si sottomettevano incondizionatamente ad un sovrano che garantiva la loro sicurezza. Concluso il contratto, il sovrano non era più soggetto ad alcun controllo da parte dei sudditi. Da quel momento egli emanava leggi ed organizzava l'amministrazione della giustizia a suo piacimento. Ma per quanto arbitraria possa essere la legge del sovrano, se essa giunge a dar sicurezza all'uomo è preferibile allo stato di natura. Soltanto se il sovrano minaccia la vita del suddito, quest'ultimo può opporglisi, dato che in quel caso la società non offre alcun vantaggio rispetto allo stato di natura.

Per Hobbes, nello stato di natura ciascun individuo ha un diritto naturale al libero esercizio della propria volontà. Egli ipotizza un contratto sociale « tra ogni uomo e ciascun altro, con cui ognuno cede il proprio diritto ad un beneficiario, che non è personalmente parte nel contratto »; ciascuno rinuncia al proprio diritto di governare se stesso a condizione che tutti

(4) *Leviathan*, ed. M. OAKESHOTT, 1946, p. xxxviii [trad. it. *Leviatano*, traduz. e note di G. Micheli, Firenze 1976, pp. 94, 120 e 167 ss.].

gli altri facciano altrettanto (cap. xvii). In virtù di tale contratto, le funzioni di governo vengono attribuite ad un organo che può essere individuale o collegiale. Per conseguenza, il sovrano — individuo o gruppo che sia — non essendo parte nel contratto con cui è stato investito di tale diritto, non ha doveri nei confronti dei sudditi. « Così come era diritto naturale di ciascun uomo il perseguimento del bene personale, allo stesso modo è diritto artificiale del sovrano il perseguimento dell'unico bene che possa essere universalmente desiderato, e cioè il beneficio della pace » (5). Al fine di assicurare la pace il sovrano deve fare leggi, la cui autorità deriva dal fatto che esse sono una emanazione della volontà del sovrano.

Tra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo, le teorie giuridiche di Hobbes divennero in una nuova veste — attraverso le opere di Jeremy Bentham e di John Austin — il modello inglese d'interpretazione della natura del diritto.

Obiettivo primario di Bentham era quello di modificare forma e contenuto del diritto vigente. La legge, a suo parere, è la volontà espressa di colui il quale ha potere di punire chi non vi si adegui. Ciò significa che egli concepiva il diritto come legge. Cosa dire di una norma consuetudinaria, obbligatoria nell'ambito del *common law* tanto celebrato da Blackstone? Essa era legge, poiché un giudice aveva deciso di punire chiunque non la osservasse. Una tale decisione non era la dichiarazione del diritto già esistente, ma la creazione di nuovo diritto, e il giudice in tal modo veniva ad usurpare la funzione del legislatore. Bentham tentò di codificare il diritto e di ridurre il potere dei giudici. Il codice sarebbe stato basato sul principio dell'utilità, diretto a realizzare la massima felicità del maggior numero di individui.

Austin perseguì un obiettivo strettamente scientifico: offrire una spiegazione universale del diritto, applicabile a qualsiasi società. Tracciò una linea di distinzione tra il diritto come è e il diritto come dovrebbe essere. Distinse rigidamente il diritto rispetto all'etica e alla « scienza della legislazione » (basata, quest'ultima, sul principio di utilità): « Una cosa è l'esistenza della

(5) OAKESHOTT, *op. cit.*, xl.

legge, altra cosa sono i suoi meriti e demeriti. La ricerca sul diritto come è, è ben diversa dalla ricerca sulla sua conformità ad un modello prestabilito » (6). Al fine di ottenere una nozione di diritto largamente applicabile, Austin evitò tutti gli attributi, ad esclusione di quelli che definivano le norme come comandi sostenuti dalla forza organizzata dello Stato. Come Bentham, egli era un *liberal*, che lottò per riformare il diritto e liberarlo dagli aspetti anacronistici. Tuttavia, la nozione divulgata da Austin, basava la validità del diritto su un unico requisito: l'ordine.

« Dimostrare con argomentazioni pertinenti che una legge è perniciosa, è altamente utile; per questa strada si può infatti giungere alla sua abrogazione. Incitare il popolo alla resistenza, in nome di precise posizioni utilitaristiche, può essere positivo. Però generalizzare, proclamando che qualsiasi norma nociva o contraria alla volontà di Dio non è valida e va eliminata, equivale ad una esortazione all'anarchia, ostile e dannosa sia nei confronti di governi saggi ed equilibrati sia di stupide e intollerabili tirannie » (7).

È chiaro che chi identifica le leggi soprattutto con disposizioni legislative atte a tutelare la pace ed a riorganizzare la società, privilegia la volontà del legislatore, e considera il diritto come una serie di comandi sostenuti da una forza organizzata. Quest'ottica, che pure ha avuto i suoi fautori sin dal tempo di Trasimaco, si è costantemente scontrata con chi sosteneva che il diritto è tale, solo se il suo contenuto è di un certo tipo cioè se è conforme alla natura delle cose. Il diritto è fatto per l'uomo e deve tener conto sia della natura dell'uomo, in quanto essere razionale e sociale, sia dell'ordine delle cose entro cui egli si muove. Esistono varie interpretazioni di questo principio basilare, le quali presentano aspetti in parte comuni; tuttavia, il significato attribuito a termini come 'natura' non sempre è lo stesso.

(6) *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H. L. A. Hart, 1954, p. 184.

(7) *op. cit.*, p. 186.

Giustizia e diritto naturale.

Secondo una linea di pensiero che ha sempre associato il 'diritto' alla 'giustizia', il termine latino *ius* (diritto) deriva da *iustum* (ciò che è giusto) e non da *iussum* (ciò che è comandato).

Si legge nel *De Legibus* di Cicerone che sarebbe errato risalire a fonti formali delle norme giuridiche quali, ad esempio, leggi emanate da assemblee popolari o decreti di magistrati. Tali norme non costituiscono che uno degli aspetti della giustizia universale, che va, peraltro, ricercata nella natura dell'uomo. La ragione naturale, fissata e sviluppata nella mente umana e comune a tutti gli uomini — qualsiasi sia la loro base culturale — ordina ciò che deve farsi e proibisce ciò che non deve farsi (I. 4-6). La nostra costituzione naturale è tale da farci condividere un comune senso di giustizia. La giustizia in sé è indipendente dalle deliberazioni di un legislatore. Se ciò non fosse, essa permetterebbe, ad esempio, il furto, l'adulterio o il plagio nel caso che così deliberasse un'assemblea (II. 16). Deliberazioni di tal fatta non possono chiamarsi legge allo stesso modo in cui non può dirsi ricetta medica la decisione, presa da un uomo ignorante e incompetente, di somministrare al malato una pozione letale, anziché una efficace medicina. La vera legge, quella in armonia con la natura, distingue fra ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (II. 5).

Tommaso d'Aquino sostenne che un comando ha forza di legge nella misura in cui esso è giusto. Nella sfera delle convenzioni umane definiamo giusto ciò che è in accordo con la regola della ragione, regola che costituisce il diritto naturale. Così, ogni legge umana è valida, nella misura in cui è conforme alla legge naturale. Se una legge è in qualche modo configgente con il diritto naturale, non è diritto ma corruzione del diritto⁽⁸⁾. Una norma giusta, che per il bene collettivo imponga agli individui oneri in misura equa, è vincolante per la coscienza. Una norma ingiusta, che imponga oneri diseguali alla comunità, non è vincolante e non dovrebbe essere osservata, se non nei casi in cui si vogliono

(8) *Summa Theologiae*, Ia 2ae. 95, 2.

evitare scandali o turbative e, anche in questi casi, quando non sia troppo iniqua ⁽⁹⁾.

Nel Medioevo i teorici del diritto naturale, sulla scia dell'Aquinate, affermarono che dalla natura razionale e sociale dell'uomo, che è immutabile e universale, non possono trarsi che principi generali. Principi, ad esempio, quale l'obbligo di tener fede alle promesse, risarcire i danni conseguenti ad una condotta illecita, o restituire il danaro ricevuto per errore. Tali principi dovrebbero essere utilizzati quali direttive generali per l'elaborazione di norme specifiche. Ciò mostra come sia Tommaso d'Aquino, sia i suoi immediati seguaci fossero ben consapevoli che le leggi umane dovessero essere adattate alle circostanze della vita sociale secondo il luogo e il tempo. « Si limitavano a filosofare sui rapporti essenziali tra diritto positivo e diritto naturale, piuttosto che vagheggiare un diritto naturale assoluto che regolasse, una volta per tutte, la condotta sociale dell'uomo a mezzo di un codice perfetto atto a comprendere un gran numero di casi, rendendo così superflua la legislazione; né sognavano di elevare il diritto naturale alle irraggiungibili e rarefatte sfere di un ideale trascendentale » ⁽¹⁰⁾.

In epoca successiva, i giusnaturalisti non furono altrettanto modesti. Nel corso del XVIII secolo il diritto naturale si scisse in due correnti. Una scuola, il cui rappresentante più eminente è Ugo Grozio, asseriva che i principi fondamentali del diritto naturale erano assiomatici come quelli della geometria. Talché, da detti principi, sarebbe stato possibile dedurre, *more geometrico*, un completo e assiomatico sistema di norme di diritto privato aventi validità assoluta in ogni tempo e luogo. Uno dei metodi di individuazione di tali norme era quello *a posteriori*, tramite l'osservazione empirica delle regole comuni ai sistemi giuridici di tutti i popoli civili. Il fatto che una norma fosse ovunque riconosciuta come legge costituiva la prova delle sue radici nella ragione naturale dell'uomo ⁽¹¹⁾. La maggior parte dei si-

⁽⁹⁾ *Summa Theologiae*, Ia 2ae. 96, 4.

⁽¹⁰⁾ S. KUTTNER, *The Natural law and Canon law*, in 3 *Natural Law Institute Proceedings*, 1949, p. 85.

⁽¹¹⁾ *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, I. I. 12.

stemi elaborati secondo tale approccio sono stati influenzati dal diritto romano; questo diritto, per secoli, è stato considerato *ratio scripta*: in contrasto, soprattutto, con il diritto consuetudinario tedesco avente un carattere non sistematico. Le norme specifiche dettate dalla ragione davano però adito al sospetto che si trattasse dello stesso diritto esposto o ricavato dal *Corpus Juris Civilis* di Giustiniano. L'altro metodo di accertamento delle norme dal diritto naturale era *a priori*, per deduzione logica dai principi basilari che potevano essere direttamente dimostrati prendendo le mosse dalla natura umana. I teorici del diritto naturale ricorrevano frequentemente all'analogia matematica, preferendola all'osservazione empirica. Grozio affermò di essersi comportato, nello sviluppare le proprie idee sul diritto, allo stesso modo in cui si comportano i matematici quando prendono in considerazione le figure scisse dai loro corpi, e cioè astraendo la propria mente da tutti i fatti particolari ⁽¹²⁾.

Molti filosofi morali del XVIII secolo ritenevano, ottimisticamente, che la ragione fosse in grado di indicare all'uomo il corretto codice di condotta in molte situazioni, su alcune delle quali noi, oggi, neppure tenteremmo di pronunciarci. I sistemi elaborati da quei giuristi fornivano fiduciose indicazioni su quale fosse la condotta giusta per la maggior parte delle situazioni tipiche della vita di ogni giorno.

Sistemi siffatti non furono in grado di distinguere adeguatamente tra diritto e morale; essendo il loro interesse rivolto a ciò che 'l'uomo buono' dovrebbe fare, finirono per prescrivere regole per la direzione della condotta di un tale uomo. Ma il diritto, come bene sottolineò Adam Smith, riguarda non ciò che 'l'uomo buono' dovrebbe essere disposto a fare, ma ciò che il giudice può costringerlo a fare. L'obbligo è giuridico quando la parte legittimata può esigerne con la forza l'adempimento, mentre l'altra parte sarà costretta a fare o non fare. I giusnaturalisti peccarono di eccessiva ambizione, giacché tentarono di « formalizzare in norme precise ciò che appartiene alla sfera di giudizio delle sensazioni e dei sentimenti », e richiede una completa consi-

(12) *op. cit.*, Prol. 58.

derazione di tutte le circostanze del caso in decisione. I loro sistemi non giungevano ad essere diritto; restavano casuistica, risultando, ai fini della comprensione del diritto stesso, « tanto inutili quanto noiosi » (13).

Nonostante queste loro manchevolezze, i sistemi del diritto naturale attrassero i legislatori dell'Illuminismo, i quali ritennero che fosse possibile, incorporandoli in un codice, trasformare gli obblighi morali in obblighi giuridici. L'*Allgemeines Landrecht* prussiano, che fu da Federico il Grande promulgato nel 1794, tra le sue sedicimila norme dettagliate, ne contiene diverse che pretendono di controllare situazioni che oggi verrebbero considerate del tutto inadatte a formare oggetto di regolamentazione giuridica. In esso si sancisce, tra l'altro, il principio che due coniugi non possono rifiutarsi ai reciproci doveri se non in circostanze eccezionali quali, ad esempio, il periodo di allattamento dei figli (14).

Questa versione della teoria del diritto naturale pretendeva che il contenuto di una regola giuridica, una volta dimostrata la sua conformità alla natura universale dell'uomo, ne costituisse il criterio di validità. Per gli ideatori dei sistemi giuridici del XVIII secolo, le esigenze della natura umana vennero sempre più identificate con le idee utilitaristiche del bene comune della comunità nel suo insieme.

Libertà e diritti naturali.

L'altra versione della teoria del diritto naturale insisteva sull'individuo, piuttosto che sulla comunità. Sfruttava l'ambiguità del termine latino *ius* che ha il doppio significato di 'diritto oggettivo' e di 'diritto soggettivo'. Di fatto, la maggior parte delle lingue europee — diverse dall'inglese — indicano con uno stesso termine sia la regola di condotta, sia la facoltà di agire, differenziando la seconda come un diritto 'soggettivo'. Prima il termine *ius* esprimeva un giusto rapporto tra uomo e uomo all'interno della società; poi venne ad indicare ciò che la società

(13) *Theory of Moral Sentiments*, (1759), 11th ed. 1812, p. 605 ss.

(14) II. I. 4 § 178-80.

riconosceva che l'individuo potesse fare. Per i teorici del giusnaturalismo, il correlativo di un sistema di diritto naturale non era che la serie dei diritti soggettivi appartenenti agli uomini in virtù delle leggi di natura ⁽¹⁵⁾.

Anche se la nozione di diritto soggettivo risale al filosofo del XIV secolo Guglielmo da Occam ⁽¹⁶⁾, le origini della dottrina moderna dei diritti naturali dell'uomo si ritrovano nelle opere di Francisco de Vitoria, un professore di Salamanca del XVI secolo, a cui fu chiesto un parere sui diritti dell'allora re di Spagna in relazione agli aborigeni delle terre scoperte dagli spagnoli nel Nuovo Mondo. Nella sua *Relectio de Indis recenter inventis* (1532) Vitoria sostenne che i nativi delle Indie, essendo pacifici possessori di beni, dovevano essere considerati proprietari legittimi, nonostante lo stato di peccato mortale in cui permanevano per non essere cristiani. Trattandosi di esseri razionali e non mentalmente insani, tale condizione non influiva sul loro *status* di proprietari; pertanto non potevano legalmente essere privati dei loro beni. Inoltre, non doveva ricorrersi a mezzi coercitivi allo scopo di convertirli alla religione cristiana, né il loro rifiuto poteva costituire un motivo giusto per muover loro guerra ⁽¹⁷⁾. Implicita in queste argomentazioni è la dottrina secondo cui alcuni diritti fondamentali sono inerenti all'uomo in quanto tale, non già in virtù di una sua appartenenza ad una comunità politica, o dell'adesione ad un credo religioso, ma in ragione esclusivamente della sua natura umana.

John Locke, nel *Second Treatise of Civil Government* (1690) basò il suo pensiero sul concetto di stato di natura, in ordine al quale professava idee differenti da quelle dell'Hobbes. Nella sua opinione, il carattere umano è essenzialmente buono. In una società pre-politica i componenti sono uguali, giacché nessuno ha poteri superiori a quelli dei propri simili; tutti sono soggetti alla legge di natura in conformità alla quale nessuno dovrebbe

⁽¹⁵⁾ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law*, 1951, p. 19 [trad. it. *La dottrina del diritto naturale*, a cura di V. Frosini, Milano 1954, p. 000].

⁽¹⁶⁾ *infra*, p. 163-164.

⁽¹⁷⁾ I, paras 4-19. La dottrina del Vitoria è stata confermata dalla Bolla *Sublimis Deus* (1537) di Papa Paolo III.

arrekar danno alla vita, alla libertà e alla proprietà altrui. Tale legge non è, tuttavia, definita ed espressa in dettaglio; non ha un giudice imparziale preposto alla sua applicazione, né esiste potere in grado di farla eseguire. Così, nello stato di natura i diritti dell'uomo sono necessariamente precari. Solo una società civile può provvedere ad un giudice imparziale rendendo esecutive le decisioni di questi. I suoi membri adulti stipulano un contratto, in base al quale ciascuno acconsente individualmente a che si assegni alla maggioranza 'il potere necessario al conseguimento dei fini per cui si uniscono in società' (par. 99). L'obiettivo principale è la salvaguardia della proprietà che, nel pensiero di Locke, comprende vita, libertà e beni (par. 123-4). Tale obiettivo si raggiunge fissando leggi, eleggendo giudici onesti e ricorrendo alla forza solo per l'esecuzione delle leggi e per la difesa della società contro attacchi esterni. Il contratto è vincolante giacché, per la legge di natura, un uomo è vincolato alle promesse fatte.

Da questa idea del contratto sociale, Locke sviluppò due ulteriori teorie:

a) attribuì alla legge di natura la regola — accettata dal diritto romano e da quello inglese — '*nemo plus iuris transferre potest*' e dedusse che in base ad essa, nessuno potesse trasferire ad altri un potere assoluto sulla propria persona:

«... Nessuno può infatti trasferire ad altri maggior potere di quanto egli stesso non abbia, né alcuno ha — su se stesso o su altri — un potere arbitrario assoluto di distruggere la propria vita o strappare la vita o la proprietà altrui. Un uomo ... non avendo nello stato di natura ... niente più di quanto la legge di natura gli ha conferito ai fini della conservazione di se stesso e del resto del genere umano, solo questo cede o può cedere alla comunità e, per suo tramite, al potere legislativo, cosicché il legislativo non può averne più di tanto ... Gli obblighi posti dalla legge di natura non si estinguono nella società, anzi, in molti casi diventano semplicemente più vincolanti e la legge umana li correda di sanzioni a tutti note per imporne l'adempimento » (par. 135).

Locke ritiene che il potere legislativo derivi dal popolo attraverso due stadi distinti, e non direttamente attraverso il contratto sociale. « Gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società di cui entrano a far parte e la comunità pone il potere legislativo in mani che reputa adeguate, con la fiducia che sarà governata a mezzo di leggi promulgate, mancando le quali la loro pace, quiete e proprietà permarranno tanto precarie quanto erano nello stato di natura » (par. 136). Il potere legislativo concepito dal Locke è quindi, diversamente dal sovrano di Hobbes, parte del contratto a mezzo del quale riceve i suoi poteri, ed è limitato dai termini di questo. ' E esso non può togliere a un uomo alcuna parte della sua proprietà, senza il suo consenso ', giacché la conservazione della proprietà costituisce l'obiettivo in vista del quale gli uomini si sono uniti in società e sarebbe una ' assurdità assai grossolana ' ritenere che essi siano disposti a perderla (par. 138). Né il legislativo può trasferire ad altri il potere di legiferare, poiché si tratta di potere delegato dal popolo e un delegato non può a sua volta delegare (par. 141).

b) se l'organo, investito del potere legislativo in tal modo, viola il contratto sociale, il popolo può riassumere il potere prima ceduto. Il contratto a mezzo del quale la comunità conferisce il potere al legislatore ha caratteristiche simili a quelle di un rapporto a termine (*lease*). Il Locke infatti concepisce l'esercizio di quel potere come soggetto a limiti di tempo e alla possibilità di risoluzione per inadempimento degli obblighi precedentemente assunti dall'organo legislativo:

« ... il potere che ogni individuo ha ceduto alla società al momento in cui è entrato a farne parte non può mai ritornare all'individuo fin tanto che la società continua a esistere, ma resta sempre alla comunità; giacché altrimenti non vi sarebbe comunità ... così pure, quando la società ha affidato il legislativo ad una qualche assemblea di uomini e ai loro successori ... il legislativo non può mai tornare al popolo per la durata di quel governo ... Se però si sono fissati limiti di tempo alla durata del legislativo, e questo supremo potere è stato affidato solo temporaneamente a una persona o assemblea, o venga questo stesso

perduto per cattiva amministrazione da chi lo detiene, all'atto della perdita dell'organo in carica, ovvero alla scadenza prestabilita, esso torna alla società e il popolo ha il diritto di agire in modo sovrano, esercitare il legislativo in proprio o affidarlo a una nuova forma o a nuove mani, come appare più opportuno » (par. 243).

La revoca del mandato, vista dal Locke come ultima risorsa, verrebbe imposta dalla maggioranza della comunità, decisa a riacquistare il potere a mezzo della rivoluzione.

Le idee del Locke offrirono la giustificazione teorica all'assetto costituzionale inglese del 1688. Il *Bill of Rights* e l'*Act of Settlement* resero il sovrano e i suoi funzionari soggetti alla legge in maniera inequivocabile. Specifici « diritti e libertà antichi », — come, ad esempio, la libertà di elezione al Parlamento e la libertà di parola in Parlamento — erano in essi espressamente affermati, anche perché negli ultimi tempi erano stati seriamente minacciati. Infine, anche la Dichiarazione di Indipendenza americana (1776) e la Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo (1789) affondano le radici nella dottrina di Locke. Nella prima si dichiara assiomaticamente che gli uomini nascono uguali; che in loro sono innati alcuni inalienabili diritti quali il diritto alla vita, alla libertà e alla ricerca della felicità.

L'importanza dell'appello alla natura contenuto nella teoria dei diritti soggettivi sta nel suo duplice carattere, negativo e positivo. Costituisce un appello *contro* le autorità che avevano perduto il loro carattere sacro e contro le istituzioni che erano sopravvissute alla propria funzione. D'altro canto, « l'affermazione dei diritti di natura implica non solo una protesta contro l'autorità delle consuetudini e delle istituzioni, ma anche una difesa da questa autorità, ricorrendo alle capacità dei singoli individui in quanto tali » (18).

(18) D. G. RITCHIE, *Natural Rights*, 3rd ed. 1916, p. 13-14. [L'opera di J. Locke cit. nel testo è tradotta in it. col. tit.: *Trattato sul governo*, a cura di L. Formigari, Roma 1974, pp. 123, 141-142, 149-150, 151, 153-154, 155, 228].

Diritto e società.

Intorno alla metà del XVIII secolo emerse una nuova concezione del diritto. In base ad essa, il diritto, lungi dall'aver un carattere universale, rappresenta una serie di regole nate da circostanze specifiche di ogni società e adattate alle loro necessità particolari.

David Hume, nella seconda parte del terzo libro del *Treatise of Human Nature*, pubblicato nel 1740, indicò l'origine della società civile non nel contratto, ma nella consapevolezza dell'uomo intorno ai benefici che emergono dall'associazione con altri uomini. Tali benefici consistono nella protezione reciproca dagli effetti degli attacchi esterni o da eventi accidentali e nella possibilità di incrementare la produttività attraverso la divisione del lavoro. Secondo questa tesi, la presenza delle leggi si rese necessaria a causa dello squilibrio esistente tra la scarsità delle risorse naturali e il bisogno e i desideri degli uomini. «Se gli uomini disponessero senza differenze di tutto quanto è loro necessario, o se ognuno avesse per ciascun altro lo stesso affetto e le stesse premure che ha per sé, la giustizia e l'ingiustizia sarebbero ugualmente sconosciute all'umanità». Cosicché, è «solo dall'egoismo e dalla limitata generosità degli uomini e, insieme, dalla scarsità di risorse predisposte dalla natura per i loro bisogni, che la giustizia trae la sua origine»⁽¹⁹⁾. Il popolo può non essere consapevole dei vantaggi del vivere secondo il diritto, ma «la consuetudine e l'abito, che opera sulle tenere menti dei bambini» li porta a rendersene conto. Gradualmente essi accolgono una convenzione che assicura il pacifico godimento di tutto ciò che ciascuno potrà acquisire con la sua fortuna e la sua operosità. Tale convenzione è radicata nella 'consapevolezza dell'interesse comune'. Si afferma in modo analogo a quello in cui si consolidano le lingue e con cui l'oro e l'argento diventano misure comuni di scambio. Il diritto, come il linguaggio e la moneta, è un'istituzione sociale in evoluzione che deve le proprie origini non già alla natura dell'uomo, ma ad una convenzione sociale⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ [Per la trad. it. dell'opera di D. Hume cit. nel testo, cfr. *Trattato sulla natura umana*, traduz. di A. Carlini, E. Lecaldano e E. Mistretta, introd. di E. Lecaldano, Bari 1971, pp. 523-524].

⁽²⁰⁾ [Trad. it. cit., pp. 514-518].

Otto anni dopo la pubblicazione del *Treatise* di Hume apparve *De l'Esprit des Lois* ⁽²¹⁾ di Montesquieu, le cui tesi, che pure a prima vista parevano meno radicali di quelle che le avevano precedute, determinarono un'influenza più diretta sulle teorie del diritto. Montesquieu muove dall'idea che « il diritto in senso lato è ragione umana in quanto governa tutti gli abitanti della terra; le leggi politiche e civili non devono esser altro che i casi specifici cui questa ragione si applica » (I. 3). Prosegue mostrando che le leggi più conformi alla natura sono quelle che meglio si prestano ad esser poste in relazione con le circostanze particolari di ciascun popolo. Esse vanno quindi correlate agli specifici tipi di governo e a fattori quali il clima, la natura del terreno, l'attività esplicata dagli abitanti, la religione, le consuetudini. Una buona parte del trattato di Montesquieu consiste nell'approfondimento di questi temi di base, con profusione di dettagli sui caratteri distintivi dei costumi delle diverse nazioni e su come le leggi debbano rispecchiarli. Egli spiega, ad esempio, come, nei paesi caldi, le donne giungano precocemente al pieno sviluppo fisiologico, così che il ritmo del « loro sviluppo mentale non segue mai » quello della loro « bellezza ». Comprensibile quindi come, in climi del genere, esse debbano vivere in condizione di subordinazione ai mariti e la legge permetta la poligamia. In climi temperati, dove la maturazione fisiologica è più lenta, la donna diventa madre solo in età più avanzata ed ha perciò una maggiore maturità mentale e maggiore conoscenza al momento di sposarsi, esistono maggiori elementi d'uguaglianza fra i sessi e la legge richiede la monogamia (XVI. 2). Nelle teorie di Montesquieu, una regola, per potersi tradurre in una buona legge, deve conformarsi non già ad una ragione astratta, ma allo spirito della società cui si applica, e lo spirito della società risulta da una molteplicità di elementi.

La dottrina di Montesquieu portò, nel XIX secolo, al relativismo romantico della scuola storica tedesca il cui manifesto, il famoso saggio di Savigny, *Sulla vocazione del nostro tempo*

(21) [Per la trad. it. dell'opera di MONTESQUIEU, cfr. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino 1952, p. 63, 428, 429].

per la legislazione e la scienza del diritto ⁽²²⁾, fu pubblicato nel 1814. L'opera costituiva un attacco contro l'adozione di un unico Codice valido per tutti gli Stati tedeschi, basato sulle idee razionalistiche del secolo precedente. Savigny sostenne che il diritto di ciascuna nazione, così come il suo linguaggio, affonda le proprie radici nello spirito del popolo (*Volksgeist*). Tale spirito non è riducibile a un fatto pratico di religione, consuetudine, geografia o ad altro — così come aveva suggerito Montesquieu — ma è piuttosto un'idea intangibile, quasi mistica, fissatasi in ciascun popolo sin da epoca preistorica. Lo sviluppo giuridico di ogni nazione deve uniformarsi al suo *Volksgeist*, che si manifesta in pratiche consuetudinarie quali, ad esempio, gli atti simbolici mediante cui avvengono trasferimenti di proprietà o formalizzazioni di obblighi. Nei primi stadi dello sviluppo della nazione, il popolo stesso esprime e custodisce tale spirito. Successivamente, man mano che il diritto diviene più tecnico, ne diventano custodi i giuristi, il cui compito è quello di sviluppare gli aspetti più tecnici del diritto in accordo con lo spirito nazionale.

In Inghilterra Henry Maine collegò il metodo comparativo con cui Montesquieu concepiva l'evoluzione storica delle leggi nelle « società progressive » attraverso vari stadi distinti. La sua maggiore opera, *Ancient Law*, apparve nel 1861. Come Savigny, Maine sottolineò l'importanza delle istituzioni giuridiche primitive le quali — così come la crosta terrestre per il geologo — contengono potenzialmente tutte le forme in cui il diritto si è successivamente manifestato ⁽²³⁾. Maine osservò che la dinamica delle società progressive era stata uniforme sotto questo aspetto:

« Per l'intero suo corso è contraddistinta dalla dissoluzione della connessione familiare e dall'espansione, al suo posto, dell'obbligazione individuale. L'individuo viene via via sostituendosi alla famiglia come l'unità sulla quale si fonda il diritto civile ... da una condizione sociale in cui tutti i rapporti individuali si risolvono in rapporti fami-

⁽²²⁾ [Zum Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814].

⁽²³⁾ Chapter 1 (World's Classics ed., 2). Su Maine cfr. G. FEAVER, *From Status to Contract*, 1969.

liari, sembra esserci stato un passaggio, ininterrotto, ad una fase di ordine sociale, in cui tutti questi rapporti derivano da liberi accordi fra individui. Nell'Europa occidentale, il progresso compiuto in questa direzione, è stato considerevole ».

Allo *status* dello schiavo si è sostituito il rapporto contrattuale tra datore e dipendente (*master and servant*); lo *status* della donna nubile sotto tutela ha cessato di esistere, come pure quello del figlio maggiorenne soggetto a patria potestà; i rapporti sono divenuti, in ciascun caso, contrattuali. Le uniche eccezioni riguardavano le categorie di persone che erano incapaci di formarsi un giudizio sui propri interessi, mancando perciò stesso il presupposto per assumere obbligazioni contrattuali. Maine concluse con la famosa asserzione: ' il movimento delle società progressive è stato finora un movimento dallo *status* al contratto ' (24). Ciò non voleva essere una profezia per il futuro, ma una sintesi dei processi di sviluppo sociale e giuridico fino alla metà del XIX secolo.

Nel secolo che intercorre tra Montesquieu e Maine le teorie giuridiche dimostrarono che il diritto non può essere adeguatamente spiegato sulla base di un singolo elemento, qualunque esso sia. Il ruolo svolto dal diritto all'interno di una società dipende dallo spirito di questa; intendendo per spirito una sintesi di orientamenti etici, organizzazione politica, tradizioni sociali e livello di sviluppo economico. Due società con tradizione storica differente possono avere strutture giuridiche simili nella sostanza, a condizione che coincidano le loro ideologie morali e politiche. Eppure il tentativo di raffigurare il diritto proprio di una società, in un suo qualunque momento storico, rivelerebbe le similitudini di Giano bifronte con lo sguardo volto simultaneamente al passato e al futuro. Nel suo sforzo teso alla preservazione della società da forze disgregatrici, il diritto appare proiettato nel passato, mentre nella sua tensione verso una più piena attuazione della giustizia e del rispetto per l'individuo, agisce modificando l'assetto della società esistente.

(24) Chapter V (World's Classics ed., p. 140-1).

Verso la metà del XIX secolo si colloca anche il sorgere di una concezione della società che, pur non avendo ad oggetto specifico i problemi del diritto, esercitò un'influenza considerevole sulla teoria giuridica. Intendiamo riferirci al pensiero di Karl Marx. Marx concepì la società in termini economici basata su rapporti attraverso i quali gli uomini producono i propri mezzi di sussistenza ⁽²⁵⁾. I mezzi di produzione, mediante i quali essi soddisfano i propri bisogni, costituiscono la base materiale su cui riposano tutte le strutture ideologiche e morali: Gli atteggiamenti degli individui nella società dipendono dalla loro relativa posizione in seno alla struttura socio-economica, e cioè dalla loro classe sociale di appartenenza. La classe costituisce la fondamentale divisione della vita associata. Come Marx afferma nella Prefazione al *Zür Kritik der politischen Oekonomie* (1859):

« Il modo di produzione della vita materiale condiziona in generale il processo della vita sociale, politica e spirituale. Non è la coscienza dell'uomo che determina il suo essere, ma, al contrario, è il suo essere sociale che determina la sua coscienza ».

Le sovrastrutture della politica, della religione e delle idee morali sono erette dalla classe dominante su questa base economica per perpetuare la propria posizione di potere nella lotta di classe. Marx nega che la vita intellettuale e spirituale abbia un proprio indipendente valore. Secondo Marx, lo Stato è emerso dalla lotta di classe come strumento di contenimento degli antagonismi. È un'espressione della classe economica dominante sul piano economico, che, per suo tramite, diviene la classe dominante anche sul piano politico. Lo Stato, quindi, è esso stesso strumento di sfruttamento della classe oppressa.

I marxisti sono positivisti nella misura in cui essi considerano il diritto come una emanazione dello Stato, che serve pertanto gli interessi della classe che detiene il potere. Secondo questa dottrina,

⁽²⁵⁾ *Dict. History of Ideas*, 1973, sub. voc. 'Marxism', III., p. 146 ss.; Lord Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence*, 3rd ed., 1972, Chapter 10. [Per la trad. it. dell'opera di K. Marx cit. nel testo, cfr. *Per la critica dell'economia politica* Intr. di M. Dobb, Roma 1957 (Prefazione, p. 5)].

il diritto non può mai sopravanzare la struttura economica della società. Esiste anche una ideologia giuridica indipendente — sviluppata da giuristi — che, sebbene sia dipendente dalla struttura economica, ha in qualche misura una sua vita autonoma. Può, ad esempio, tenere in vita istituzioni giuridiche corrispondenti ad uno stadio precedente di sviluppo economico. Il marxista Engels sostenne che, nonostante il giurista ritenga di operare con principi giuridici *a priori*, questi principi non sono in realtà altro che riflessi dei rapporti economici; e che, per contro, le concezioni ideologiche dei giuristi possono reagire sulla base economica e, entro certi limiti, modificarla ⁽²⁶⁾. I marxisti immaginano una futura società comunista senza classi né lotte di classe, e perciò libera dall'oppressione dello Stato e del diritto, che sono espressione di questi conflitti. In queste condizioni, sosteneva Engels, « lo Stato non viene 'abolito', si estingue ».

I marxisti ortodossi negano l'esistenza di valori giuridici indipendenti dalla struttura del potere economico. Molti fra coloro che non condividono questa dottrina riconoscono, comunque, che il diritto e la sua interpretazione possono essere fortemente influenzati da considerazioni di ordine economico e sociale, di cui sia i giuristi sia i non giuristi possono non essere consapevoli. La sfida marxista ha stimolato studi sui fattori che determinano quali regole sociali sono sanzionate dallo Stato, come sono sanzionate e quanto effettivo è questo processo.

Le ricerche di sociologia del diritto devono molto all'opera pionieristica di Max Weber (1864-1920). Egli insegnò che il sociologo che intenda operare come uno scienziato deve astenersi dall'esprimere giudizi di valore, e che il materiale studiato deve coinvolgere diversi sistemi di valori. Per Weber il diritto è un complesso di « idee di dover essere » condivise dai membri di una società, relative al loro comportamento reciproco e sanzionate in un certo modo. Weber richiamò l'attenzione sui modi in cui tali idee sorgono, sullo spazio che esse occupano nei differenti tipi di ordinamento sociale, e sulle forme di pensiero entro cui esse possono svilupparsi ad opera di coloro che vengono de-

⁽²⁶⁾ Lettera a Conrad Schmidt, 1890, citata in R. SCHLESINGER, *Soviet Legal Theory*, 1945, p. 21.

finiti gli « *honorarios* » del diritto: sia giuristi professionali, sia quelli il cui *status* permette di influenzare lo sviluppo del diritto. Max Rheinstein rileva:

« Questo metodo di ricerca sociologica rischia chiaramente di ridurre l'effettività di quei miti di cui la società sembra aver bisogno ai fini del mantenimento della propria coesione e integrità ... gli ideali etici e le ideologie sono efficaci proprio perché scaturiscono da strati più profondi di quelli della ragione, che invece opera a livello di coscienza ... Una volta presa posizione pro o contro un sistema di vita fondata sull'armonia e sull'ordine sociale, ricorriamo però alla ragione perché ci indichi la strada che possa accostarci a questo ideale, e ciò pur non ignorando che il suo raggiungimento sarà agli uomini impossibile fino a che non diverranno angeli » (27).

Il giurista austriaco Eugen Ehrlich (1862-1922), contemporaneo di Weber, attaccò l'idea che il diritto non fosse altro che un insieme di proposizioni giuridiche. Con i suoi studi sul « diritto vivente » dimostrò che le norme secondo le quali gli uomini si comportano nella realtà della vita sociale sono originate solo parzialmente da leggi. In certi casi, la consuetudine e la pratica professionale esercitano sugli uomini un'influenza tanto profonda, che essi non solo ignorano la legge, ma se ne allontanano notevolmente. Fattori quali « moralità, religione, criteri di etica, decoro, tatto, persino etichetta e moda, non soltanto ordinano i rapporti extragiuridici, ma influenzano costantemente anche la sfera del diritto » (28). Sarebbe quindi erroneo considerare questi fattori come forme autonome di ordine sociale, distinte dal diritto.

Modelli di relazioni sociali.

I teorici delle scienze sociali hanno elaborato criteri in base ai quali poter classificare, riducendoli a modelli o tipi puri, i vari

(27) Max Weber *on Law in Economy and Society* (1954), 1967, lviii.

(28) [Cfr. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München 1913; [trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto* a cura (e traduzione) di A. Febbrajo, Milano 1976, p. 72 ss.].

gruppi operanti all'interno della società ed hanno osservato che la funzione del diritto varia a seconda che sia applicato ad un tipo di relazione sociale o ad un altro. L'opera che segnò la nascita di tale dottrina fu la *Gemeinschaft und Gesellschaft* di Ferdinand Tönnies, pubblicata nel 1887. Il Tönnies suddivise i gruppi sociali in due tipi fondamentali: comunità (*Gemeinschaft*) e società (*Gesellschaft*).

Il primo tipo (la *Gemeinschaft*) consiste in una comunità o associazione di persone che condividono, in certa misura, un sistema di vita. I suoi membri considerano la comunità fine a se stessa, piuttosto che non un mezzo per il raggiungimento di obiettivi particolari. L'elemento di coesione è la loro « volontà essenziale », ossia la volontà di associarsi con altri, che emana da affezione, simpatia, memoria o abito. I gruppi che essi formano possono essere fondati su relazioni di consanguineità, amicizia, vicinanza geografica o affinità intellettuale.

L'altro tipo (la *Gesellschaft*) è imperniato su un rapporto di portata limitata, basato sulla « volontà arbitraria », ovvero su un piano deliberato teso al perseguimento di un qualche obiettivo specifico. Le persone coinvolte in tale tipo di relazione condividono una comune aspirazione a quell'obiettivo e sono disposte a cooperare per conseguirlo, anche se sotto altri aspetti possono essere indifferenti o persino ostili nei rapporti reciproci. Sono, questi tipi ideali di relazioni sociali, non reperibili nella forma pura all'interno di nessuna società reale, utili comunque quali parametri di riferimento per caratterizzare molti rapporti sociali di fatto esistenti. Così, una famiglia, un *college*, una comunità religiosa o una associazione di artigiani partecipano delle caratteristiche della comunità (*Gemeinschaft*) più di quanto non avvenga per una società a responsabilità limitata. Le relazioni del tipo *Gemeinschaft* erano, nel Medio Evo, più numerose che in epoca recente.

Accomunandosi alle teorie del Maine relative al movimento delle società progressive dallo *status* al contratto, Tönnies raffigurò il « conflitto tragico » emergente nel passaggio dalla *Gemeinschaft* alla *Gesellschaft*. Le sue argomentazioni sono tinte di note romantiche: « La comunità, nella misura in cui ne ha la forza, trasforma il lavoro anche repellente in una sorta di arte,

conferendogli stile, dignità e grazia». Il lavoratore in una comunità (*Gemeinschaft*) ha un ruolo e possiede uno *status* ⁽²⁹⁾.

« Nondimeno, attraverso la retribuzione in denaro, nonché attraverso l'offerta in vendita di prodotti finiti ... questo processo tende a convertirsi nel suo contrario, facendo dell'individuo il suo unico soggetto ... Anche il commercio naturalmente, al pari di ogni altra attività, può essere condotto in maniera onesta e coscienziosa. Pur tuttavia ... la volontà d'arricchirsi rende il commerciante privo di scrupoli e ne fa il tipo dell'individuo arbitrario, egoistico, per il quale tutti gli esseri umani — ad eccezione degli amici intimi — altro non rappresentano se non mezzi e strumenti per i propri fini; egli diviene l'incarnazione della *Gesellschaft*. Nei suoi discorsi si manifesterà con la massima immediatezza la volontà arbitraria. Le parole che sceglierà saranno calcolate in vista del loro effetto; perciò frasi veritiere, se meno proficue, si trasformeranno facilmente nella menzogna, considerata come metodo più efficace. Nel commercio la menzogna non è ritenuta illecita in quanto non rappresenta un inganno ... Cosicché, la menzogna viene ad essere, nel suo senso più ampio, un elemento caratteristico della *Gesellschaft* ».

Tönnies studiò gli effetti conseguenti all'impiego della manodopera femminile nelle fabbriche a seguito del processo di industrializzazione. A suo parere, l'introduzione del salario nella vita della donna provoca alcuni mutamenti. Ella giunge a ragionare in termini di contabilità, « diviene razionale, fredda, consapevole ». Nulla, più del salario, è estraneo alla sua natura; e così, il processo che ella attraversa riproduce la tipica configurazione del passaggio dalla comunità (*Gemeinschaft*) alla società (*Gesellschaft*). Tönnies predisse comunque che, allo stesso modo in cui il proletario è in grado di superare l'individualismo e di

⁽²⁹⁾ [Per la trad. it. dell'opera di F. TÖNNIES cit. cfr. *Comunità e Società*, Introd. di Renato Treves, trad. di Giorgio Giordano, Milano 1963, p. 205, 206, 207, 232, 243].

sviluppare la coscienza di gruppo, così le donne, come classe, potrebbero ricostruire una comunità. Nella comunità, il rapporto tra governanti e governati può avere il carattere di quello tra padre e figlio, ove è compito di chi comanda la protezione, la guida e l'istruzione di chi a lui è sottoposto; oppure il carattere del rapporto tra marito e moglie: una forma di reciproca interdipendenza in cui una parte dirige la gestione della famiglia e si affida alla collaborazione degli altri. In una società, tali rapporti di servizio si trasformano in rapporti contrattuali basati sulla retribuzione in denaro. Nel corso del processo perdono il loro carattere organico. Come contratti, infatti, richiederanno « semplicemente uomini che si conformano al concetto di individuo in virtù di capacità o ricchezze misurabili quantitativamente ... Giacché le parti contraenti si trovano sempre l'una di fronte all'altra su basi di uguaglianza, la loro intima indifferenza non è di ostacolo, semmai di vantaggio, a tali contratti ».

Sociologi successivi hanno sviluppato la fondamentale dicotomia delle relazioni sociali. Il russo americano P. A. Sorokin ⁽³⁰⁾ identificò una terza forma di relazione sociale che definì « coattiva ». Essa è in opposizione sia alla relazione di contenuto « familistico » (come la *Gemeinschaft*), sia a quella di tipo contrattuale (come la *Gesellschaft*). Si ha relazione coattiva quando una parte impone all'altra obblighi e funzioni contrari ai suoi desideri e inclinazioni, senza cura per il suo benessere ed ottiene l'adempimento attraverso la coazione fisica o psicologica. Ne sono esemplificazione i rapporti tra governi dispotici e sudditi, tra padrone e servo, tra ricattatore e vittima. Il rapporto è strutturalmente antagonistico, dato che la parte che esercita la coazione ha una libertà assoluta, mentre la parte soggetta alla coazione non ne ha alcuna.

Sorokin sottolineò che, nella realtà, i rapporti umani costituiscono, di solito, una combinazione di tipi-modello, e che questi ultimi sono pressoché inesistenti allo stato puro. Nella maggior parte delle relazioni sociali vi è prevalenza di un tipo sugli altri due. Nell'analizzarli, è opportuno focalizzare l'indagine sulla reale

⁽³⁰⁾ *Social and Cultural Dynamics*, III, 1937, p. 23-41.

natura della relazione, non lasciandosi fuorviare dal modo in cui tale relazione ebbe origine o dal linguaggio usato dalle parti al fine di descriverlo. Uno qualsiasi dei tre tipi è suscettibile di risolversi in qualcuno degli altri. Così, ad esempio, il matrimonio: inizialmente può aver avuto una forma contrattuale ed essersi successivamente mutato nel tipo di relazione « familistico » o in quello coattivo. Al riguardo, le parti potrebbero impiegare una terminologia tale da far apparire la relazione di tipo diverso da quello che effettivamente è.

Altri teorici, tra cui il tedesco Alfred Vierkandt ⁽³¹⁾, individuarono quattro tipi di relazione sociale aggiungendo ai tre, già analizzati da Sorokin, quello conflittuale. Qui le parti sono in posizione di scontro frontale; ciascuna tenta di nuocere il più possibile agli interessi dell'altra e nessuna è subordinata al potere dell'altra. Esempificazioni sono i concorrenti commerciali o i candidati al Parlamento. La lotta è comunque disciplinata da determinate « regole del gioco », che limitano i metodi ai quali le parti possono ricorrere per danneggiarsi.

Nell'esaminare le correlazioni tra il diritto e le forme di relazioni sociali, è bene tener presenti questi quattro modelli-tipo e utilizzare la terminologia con cui sono stati individuati: « familistico », contrattuale, coattivo, conflittuale ⁽³²⁾.

Il diritto e la relazione sociale di tipo « familistico ».

Una relazione sociale di tipo « familistico » è, nella forma pura, inadatta alla regolamentazione giuridica. Gli atteggiamenti e i sentimenti che legano i suoi soggetti sono infatti regolati da affetto e fiducia reciproca, piuttosto che dalla giustizia e dal rigoroso adempimento di precise obbligazioni. Il loro operare, non circoscritto da direttive restrittive esterne, non esige un contraccambio. Le loro azioni sono motivate da valori più elevati di quelli espressi dalla legge; chi le compie ha piena fiducia nel fatto che saranno ricambiate con pari affetto e solidarietà. Le

⁽³¹⁾ *Gesellschaftslehre*, 2nd ed. 1928; cfr. T. ABEL, *Systematic Sociology in Germany*, 1929, repr. 1965, p. 66 ss.

⁽³²⁾ Cfr. H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1969, p. 168-75.

eventuali controversie verranno risolte entro lo stesso ambito del gruppo « familistico », non secondo criteri di obbligazioni o diritti, ma nell'ottica generale del mantenimento dell'armonia e della reciproca fiducia. È funzione propria della legge tutelare l'individuo e proteggere la sua posizione nei confronti degli altri, ma i componenti una vera comunità di tipo « familistico » non si sentono individui quanto, piuttosto, membri del gruppo e considerano, perciò, l'interesse dello stesso, prioritario rispetto al proprio. Come afferma Sorokin: « Le loro vite intere sono legate e organicamente unite in un unico 'noi': Sono pressoché inesistenti atteggiamenti espressi con 'non m'importa', 'non è affar mio', 'bada ai fatti tuoi' » (pag. 25).

La legge non dovrebbe interferire quando una relazione sociale effettiva rivesta il carattere di una vera *fellowship*. Se il diritto tentasse di definire i rapporti dei membri della stessa in termini di diritti e doveri — e cioè gli unici termini definibili legalmente — i membri di una vera *fellowship* li ignorerebbero. « Dove le vite sono fuse in un unico tessuto è inutile quanto impossibile voler specificare un certo numero di rapporti 'sui quali essere d'accordo' e i loro limiti. Una madre che si levi quattro volte nella notte semplicemente per assistere il figlioletto non è vincolata da un contratto; una vera madre si alzerebbe spontaneamente tutte le volte che occorre » (pag. 27). I servizi che ciascun soggetto, in una comunità di questo tipo, scambia con gli altri, non sono sentiti come sacrifici che implicino uno svantaggio o una perdita, né una limitazione della libertà personale.

Gli sforzi compiuti sin dal XVIII secolo nel tentativo di definire in modo chiaro i doveri dei coniugi nel matrimonio sembrano oggi avere avvilito quel rapporto fino a ridurlo ad una sorta di contratto. È vero che nelle società primitive il matrimonio iniziava proprio in tal modo tra i gruppi familiari degli sposi; per lungo tempo il diritto scozzese conservò come uno dei casi di danno per rottura della promessa di matrimonio l'espressione « perdita di mercato ». Tuttavia, la più gran parte dei sistemi giuridici non ha tardato ad abbandonare ogni tentativo di codificare i rapporti più intimi fra coniugi. La famiglia — l'archetipo della relazione di tipo « familistico » — ha un valore giuridico nella misura in cui la legge tutela l'intimità e la *privacy*

dei suoi soggetti; essa però la regola in maniera dissimile dagli altri rapporti sociali. In questa relazione, quando lo spirito originario — di solidarietà e fiducia reciproca — subisce un declino, può accadere che le parti comincino ad anteporre i propri interessi personali a quelli tipici della relazione stessa, e si attendano che sia la legge ad intervenire con regole appropriate. In realtà, qualsiasi tipo di relazione sociale, nata come *fellowship* — alla quale, pertanto, non occorre una regolamentazione giuridica — può modificarsi e assumere caratteristiche proprie del rapporto di contratto o di potere. Quando ciò avviene, le parti giungono ad avere necessità della tutela della legge.

Società fra amici per la gestione di un'impresa hanno inizio comunemente in forma solidale; i soci sentono che il solo pensiero di definire i rispettivi diritti e doveri in termini contrattuali altererebbe lo spirito « familistico » che li lega e sarebbe un segno di sfiducia reciproca. Non di rado tuttavia giungono a sperimentare che dal lavoro comune possono sorgere controversie, difficili da comporre sulla base della sola fiducia; si preoccupano allora di definire i diritti individuali. Occorre dunque che la legge disponga di criteri formali, relativi a diritti e doveri, per poter intervenire in caso di mancato raggiungimento d'un accordo. Nel diritto romano la *societas* derivava dalla 'comunione familiare': diversi fratelli che gestivano insieme la proprietà — una fattoria per lo più — del padre defunto. Anche quando divenne una società vera e propria, cioè una delle forme di contratto, la comunione familiare continuò ad occupare un posto a sé a causa della sopravvivenza di un certo grado di spirito fraterno fra i soggetti. Alcune sue norme ne sono un riflesso; ad esempio, in caso di azione giudiziaria intentata da un socio contro un altro, il convenuto aveva il *beneficium competentiae*: non poteva cioè essere condannato, per un risarcimento di danni, ad esborsi superiori alle proprie disponibilità. Persino dagli ex soci ci si aspettava che conservassero una parte del precedente spirito di collaborazione, che escludeva che uno di essi causasse la rovina degli altri.

La relazione tra datore di lavoro e dipendente aveva molti elementi di contenuto « familistico » fino a che restò legata al lavoro artigianale, in quanto il padrone condivideva e coordinava il lavoro di operai e apprendisti nella bottega. In situazioni di questo

tipo i rapporti tra le parti son guidati da uno spirito familiare: i dipendenti sanno che l'interesse del padrone per loro non si esaurisce nel lavoro e che in caso di necessità, proprie o di familiari, possono appoggiarsi a lui. A sua volta, il padrone sa che, in momenti di particolare difficoltà, può contare su un lavoro *extra* da parte dei suoi dipendenti. Quando esiste un tale carattere di reciproca fiducia, sollecitudine e rispetto, non si desidera sostituirlo con fredde elencazioni di doveri reciproci. Nell'attuale realtà, tuttavia, la maggior parte delle relazioni tra datori di lavoro e dipendenti è ben lontana dal modello familistico. La funzione del diritto del lavoro è quella di assicurare che i rapporti tra le parti si accostino al modello contrattuale piuttosto che a quello coattivo.

Permangono elementi di tipo familistico solo in associazioni relativamente piccole, con profonda forza di coesione, i cui componenti si conoscono di persona. Possono esistere, in certa misura, in un piccolo *college*, in una comunità religiosa o in una sezione sindacale, mentre è difficile che sopravvivano in una grande università o in sindacati e chiese di portata nazionale. I regimi totalitari tentano talvolta di strumentalizzare l'idea di comunità (*Gemeinschaft*), applicandola ad un intero popolo. In questi casi sostengono che, data la fiducia e la sicurezza reciproca che scaturisce da tale idea, gli ordinamenti giuridici e costituzionali per la tutela del cittadino in quanto individuo — nelle forme adottate dalle democrazie liberali — sono superflui. Può accadere che, in momenti di tensione profonda, un'intera nazione si unisca, temporaneamente, in una forma di comunità (*Gemeinschaft*). Nel settembre del 1940, mentre veniva combattuta la battaglia d'Inghilterra e incombeva il pericolo di un'invasione, tutte le persone che vivevano sul suolo inglese erano tenute insieme da un sentimento di comunione, testimoniato da atti di generosità eccezionali. La gente compì, in quell'occasione, gesti di solidarietà impensabili in tempi normali. Superata l'emergenza, quel sentimento, certo più forte durante la guerra che in periodo di pace, si ridusse notevolmente.

Quando una relazione sociale contiene autentici elementi di tipo « familistico », la legge dovrebbe astenersi dal regolarli, e, inoltre, provvedere alla situazione che si crea al momento in cui

la relazione si estingue. Nel corso di un matrimonio stabile poco importa quale dei coniugi sia il proprietario dei beni coniugali: ciascuno gode dei beni e del reddito dell'altro, e ciascuno contribuisce al mantenimento della famiglia. Quando però sopraggiunge la rottura del rapporto o il decesso di uno dei coniugi, diviene necessario per il superstite conoscere le norme che disciplinano i rapporti patrimoniali fra coniugi e il mantenimento. Al riguardo, non è sufficiente che la legge si limiti a disporre che una moglie, cui non sia stato provveduto adeguatamente dopo lo scioglimento del rapporto matrimoniale, abbia la facoltà di rivendicare la proprietà o l'uso di parte dei beni del marito. Difatti, a meno che la legge non intervenga a regolare i rapporti fra coniugi, il marito ha piena discrezione di sistemare i propri affari, prima che sopraggiunga lo scioglimento del matrimonio o il decesso dell'altro coniuge, cosicché egli conserva solo una piccola parte dei beni per provvedere al mantenimento della moglie ⁽³³⁾.

Il diritto e la relazione sociale di tipo contrattuale.

Il carattere preciso e impersonale del diritto ben si accorda alla relazione sociale di tipo contrattuale. Tale relazione è confinata in uno spazio molto limitato della vita delle parti contraenti ed è per lo più di breve durata; sono tipici esempi i casi di venditore-compratore, proprietario-affittuario, datore di lavoro-dipendente. Secondo Sorokin: « I membri del gruppo che emerge da un contratto restano sempre, l'uno rispetto all'altro, estranei e distaccati in misura considerevole » (pag. 32). Questa relazione lascia necessariamente, a ciascuna delle parti, un'ampia libertà reciproca che si esprime nella facoltà di contrarre o no la relazione e di restarvi. L'atteggiamento individuale è del tipo: « Ciò che va bene per me deve andar bene per il gruppo, in caso contrario, tanto peggio per il gruppo; al massimo, potrò sacrificare qualcosa dei miei diritti inalienabili se gli altri sono disposti a fare altrettanto e a patto che, per quella via, la mia rimanente libertà risulti sicura e garantita » (pag. 34). I componenti del

⁽³³⁾ *infra*, p. 121-2.

gruppo desiderano che, limitatamente alla sfera delle attività connesse alla relazione, i diritti e i doveri rispettivi siano definiti con la massima certezza. Vogliono esser certi che — sia essi che gli altri — risultino vincolati alle proprie obbligazioni poste in essere dalla relazione; stante la libertà assoluta di ciascuno al di là di questa sfera specifica.

Nella misura in cui la definizione dei diritti e dei doveri reciproci dei soggetti è il prodotto di accordi tra parti con potere contrattuale pressoché uguale, il diritto è del tutto congeniale a questa forma di relazione sociale. Il diritto infatti presuppone che gli accordi vengano conclusi tra parti che siano agenti liberi in posizione di parità. Se le parti contraenti non sono libere, o non sono sullo stesso piano all'atto della definizione di diritti e doveri reciproci, ne risulterà una transazione oppressiva nei confronti delle parti più deboli, e la relazione assumerà un carattere più simile a quella di tipo coattivo. Nel campo del diritto del lavoro, la posizione contrattuale di datori e lavoratori può essere portata su un piano di parità solo attraverso associazioni o sindacati, i quali contrattano i livelli salariali e le condizioni di lavoro di un'intera industria. Quando industriali e fornitori di servizi operano in una situazione di monopolio sono normalmente in grado di imporre agli acquirenti condizioni generali di contratto che concedono come unica libertà quella di prendere o lasciare. Le associazioni dei consumatori possono intervenire sul rapporto per riequilibrare in certa misura il potere contrattuale, ma la loro azione risulta efficace solo se i propri iscritti sono disposti a seguire le direttive dei loro rappresentanti e contribuiscono a porre pressioni sul fornitore. Poiché, nella realtà, il raggiungimento di un tale grado di disciplina per i consumatori non è facile quanto lo è per i lavoratori, può accadere che si solleciti l'intervento del governo affinché, con la propria influenza, corregga gli squilibri di potere contrattuale.

Il diritto e la relazione sociale di tipo coattivo.

Il diritto e la relazione di tipo coattivo convivono in stato di tensione. Per un verso, tra essi esiste una qualche identità di propositi. Si può, volendo, respingere la tesi di Hobbes, secondo

cui il diritto altro non è se non un insieme di ordini emanati da coloro i quali detengono il potere. Ma non si può negare che il diritto necessiti del loro appoggio, giacché è necessario il ricorso alla forza dello Stato per l'applicazione di sanzioni in caso di violazione della legge. Il diritto è qualcosa di più di un complesso di regole designate per il mantenimento del potere della classe dirigente. Pur tuttavia, nella misura in cui suo compito precipuo è l'instaurazione della pace e dell'ordine all'interno della società, i suoi valori non sono confliggenti con quelli delle classi dirigenti. La stabilità è nell'interesse anche di queste. Esse, per poter mantenere il controllo della società, non possono lasciare che il disordine prevalga.

Per un altro verso, in una relazione di tipo coattivo chi esercita l'autorità non è disposto a subire limitazioni al riguardo; e il diritto mira al controllo di ogni esercizio di potere, subordinandolo a regole definite. Se chi governa accetta una regolamentazione giuridica dell'uso del potere, la relazione perde la sua configurazione originaria, di tipo puramente coattivo, perché, stante l'effettività delle norme, i governati saranno in grado di invocarle ogniqualvolta rilevino un abuso di potere. Così, fintantoché una relazione coattiva permane allo stato puro il rapporto tra governanti e governati non può mai essere regolata giuridicamente.

Inoltre, in ordine ai rapporti tra privati, è interesse dei governanti che eventuali controversie siano composte sulla base di giuste leggi equamente applicate. Se essi hanno la convinzione che i loro reciproci rapporti sono fondati sulla giustizia e non sull'arbitrio, saranno più soddisfatti della propria condizione e meno desiderosi di modificarla. Chi governa ha tutto da guadagnare e niente da perdere se concede un sistema di diritto privato basato su criteri di giustizia. I rapporti tra privati restano stabili. Pure, i governanti sono tentati di interferire anche sull'operare del diritto privato. Qualsiasi sistema di norme generali produce, talvolta, casi di difficile soluzione. Una parte che ritenga di esser stata trattata ingiustamente con riguardo all'applicazione di una norma di diritto privato, cercherà d'invocare l'intervento delle autorità affinché pongano rimedio: e ciò, quando le autorità stesse siano al di sopra della legge e delle sue limita-

zioni. Queste potranno concedere il rimedio richiesto o dispensando la parte in questione dall'osservanza della legge, o creando una eccezione *ad hoc*. Un simile intervento può produrre, riguardo a quel caso specifico, un risultato che appare più giusto di quanto non sarebbe stata l'applicazione della legge. Invero Federico il Grande, da sovrano illuminato quale era, riteneva suo dovere sostituire le norme giuridiche con la sua giustizia personale, nel caso in cui la legge stessa non operasse secondo giustizia. Iniziative di questo tipo, da parte dei governanti, minano comunque la forza del diritto e riducono la fiducia del popolo nella legge quale incarnazione della giustizia impersonale e 'cieca'. La relazione di tipo coattivo è, dunque, essenzialmente antagonistica rispetto al diritto.

Il diritto e la relazione di tipo conflittuale.

Nella sua applicazione alla relazione di tipo conflittuale, il diritto si limita a dettare le norme entro il cui ambito le parti in conflitto concorrono alla sconfitta reciproca. Le norme sono dirette ad assicurare che la dinamica della lotta escluda violenze fisiche o intimidazioni, ma tralasciano considerazioni di giustizia e persino di sicurezza. Nella maggior parte delle situazioni di conflitto contemplate dal diritto, è considerato opportuno per l'interesse pubblico non restringere la libertà di danneggiamento reciproco delle parti oltre il limite minimo richiesto per il mantenimento dell'ordine pubblico. La competizione negli affari o nelle elezioni per le cariche pubbliche esemplificano questo tipo di relazione, entro cui la libertà è considerata come l'elemento più importante in assoluto. Per il fatto che questa libertà deve essere limitata il meno possibile, il ruolo svolto dal diritto nell'ambito della relazione in esame, anche se importante nel mantenimento della competizione entro le regole, è modesto.

Conclusioni.

Abbiamo visto che il campo d'azione entro cui il diritto realizza i valori fondamentali è stato inteso dai teorici del diritto in modi molto diversi. Coloro i quali concepiscono il diritto es-

senzialmente come espressione della volontà del governo tendono a non disgiungerlo dall'ordine: per essi il diritto è essenzialmente legge che impone sanzioni attraverso il diritto penale. Sottolineano che elemento caratterizzante del diritto è la sua efficacia. Sostengono che l'eccellenza della procedura nei processi penali è quasi irrilevante, se poi una piccola percentuale di persone sospette di crimine viene di fatto portata in tribunale. Chi considera il diritto soprattutto come un mezzo per regolare i rapporti sociali secondo giustizia tende a vederlo quale rafforzamento di un ordinamento di obbligazioni morali attraverso l'applicazione di *standards* di condotta minimi. In tale ottica, un obbligo giuridico è essenzialmente un obbligo morale cui sono state fissate sanzioni in aggiunta a quelle della coscienza. Conseguentemente, il diritto ha valore assoluto, indipendente da tempi, luoghi e circostanze. Altri teorici, invece, vedono il diritto come una forma d'ingegneria sociale finemente armonizzata alle esigenze specifiche di una particolare società in un momento determinato; diritto come insieme di convenzioni, sviluppatasi in corrispondenza alle condizioni proprie di una società, di cui rispecchiano la storia, i criteri morali e l'agire sociale.

Altri ancora respingono le teorie che identificano il diritto con un complesso di norme o anche di sole convenzioni. Secondo il loro punto di vista, ciò che conta è la decisione a cui perviene il giudice. Il giudizio è stato tradizionalmente considerato un sillogismo logico, dove la norma giuridica è la premessa maggiore, i fatti sono la premessa minore, la decisione — raggiunta mediante l'applicazione del diritto ai fatti — è la conclusione derivata necessariamente. Questa tesi è respinta da chi ritiene che le norme non sono che uno dei vari fattori che influenzano la decisione dei giudici. Per costoro, sono le reali decisioni dei tribunali che costituiscono il diritto. I cosiddetti realisti intesero reagire contro le teorie, secondo cui le norme giuridiche e le istituzioni hanno un significato preciso, determinabile con rigore matematico. Essi fecero rilevare che gli orientamenti sociali e i pregiudizi personali dei giudici potevano essere tanto decisivi quanto le regole. Il giudizio espresso in ordine a un caso era da loro ritenuto una razionalizzazione, in termini giuridici convenzionali, di una decisione già raggiunta: come ri-

sultato, forse, di una intuizione. Oggi si ammette, comunemente, che la personalità e i convincimenti del giudice esercitino un'influenza di rilievo sull'operare del diritto. Non solo essi incidono sull'interpretazione giudiziale delle norme giuridiche, ma anche sul modo in cui il giudice valuta le prove testimoniali addotte dalle parti e, quindi, i fatti che sono «inferiti». I realisti, comunque, sottovalutano l'ambito entro cui si giunge a risolvere casi in via amichevole, senza ricorrere ad un tribunale, perché gli avvocati hanno potuto consigliare i loro clienti con riguardo all'esito del procedimento. Il giudizio non è un sillogismo, e tuttavia contiene una componente di certezza maggiore di quanto non suppongano i realisti. Il grado di prevedibilità degli esiti è, comunque, proporzionale alla misura in cui i membri della società condividano una stessa ottica riguardo alla funzione del diritto e ai valori che esso racchiude, e alla misura in cui i giudici riflettono questa stessa ottica.

Il diritto richiede l'esistenza di un minimo di convergenza tra i convincimenti morali dei membri della società. Perfino in una relazione sociale di tipo conflittuale, le parti devono ottemperare al criterio secondo cui la lotta va condotta in aderenza a determinate regole, come, ad esempio, quella del divieto d'intimidazione. Il diritto trova il suo terreno migliore in seno a quelle società in cui viene considerato dalle masse popolari come un veicolo di giustizia. Ossia, società dove quasi ciascun componente ha un qualche interesse che, consapevolmente, considera protetto dal diritto. Nelle società entro cui esistono disparità economiche e sociali estreme, quanti si trovano vicini all'uno o all'altro degli estremi, sentono che il diritto ha con loro poco da spartire. Da un lato, la massa dei non abbienti lo vede essenzialmente come un sistema di diritti attinenti alla proprietà, di nessun interesse pertanto per chi non possiede beni di sorta. Dall'altro lato, vi è quel settore della società, così potente rispetto agli altri, da esser tentato d'ignorare del tutto le restrizioni previste dal diritto. Perché ciò non si verifichi, occorre che il governo sia tanto forte da mantenere la sicurezza e resistere — quando ritenga che sia giusto farlo — alla pressione esercitata da coloro i quali detengono il potere; esso non deve, tuttavia, esser forte al punto tale da giungere alla tentazione di sottrarre i suoi stessi funzionari

al controllo del diritto. È questo il concetto insito nel principio inglese medioevale secondo cui anche il re è soggetto alla legge. Come ebbe a dire Macaulay: « Nessun uomo era totalmente al di sopra dei divieti del diritto, né nessuno era al di sotto della sua protezione » ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ *History of England*, I, 1849, 25, cit. da COING, *op. cit.*, p. 170.

LEGGE ED ORDINE

Il valore primario, da cui il diritto non può essere disgiunto, è l'ordine. L'assenza di disordine è una condizione necessaria della vita di una comunità. Anche fra le popolazioni più primitive, che non sono ancora pervenute ad un'organizzazione tribale, si riconosce che il conflitto violento deve essere controllato. Il conflitto in sé non può essere soppresso; esso invero genera molte cose, che rendono la vita degna di essere vissuta. Una comunità senza conflitti ristagnerebbe fino a morire. Il problema è che la comunità deve strutturarsi in modo tale da permettere il prodursi di conflitti, evitando al tempo stesso la violenza, che finirebbe col disgregarla. Una delle più vivide espressioni del timore delle conseguenze del disordine si ritrova nel discorso che Shakespeare, con caratteristica ironia, pone sulla bocca di *Ulysses* nel *Troilus and Cressida* (1):

« Indi ogni cosa si risolve in potere,
 potere in volere, volere in appetito;
 e l'appetito, lupo universale,
 così doppiamente secondato da potere e volere,
 è uopo faccia una preda universale,
 e infine divori se stesso ».

Un caos di tale portata può evitarsi solo mediante l'accettazione di regole. Prima che possa esservi giustizia, deve esserci ordine, inteso nel senso di un complesso di regole generali, e di

(1) Act. I, scene 3. [Trad. it., qui utilizzata, di M. PRAZ, in: SHAKESPEARE, *Tutte le opere*, Firenze 1964, p. 776].

una applicazione formale e sistematica della forza organizzata a sostegno di tali regole.

L'esclusione della violenza.

All'interno delle società primitive, le prime regole giuridiche che si formarono furono quelle relative ad un sistema di pene private ⁽²⁾. « Tizio ha danneggiato Caio, e Caio è incline alla vendetta; la consuetudini del gruppo gli indicano il modo in cui deve portarla ad effetto; e qui, in forma molto semplice, abbiamo una anticipazione della legge. La vendetta personale, se non tenuta a freno dalle convenzioni, è suscettibile di provocare nuove vendette e, di lì, il disordine pubblico ». Le regole relative alle sanzioni a titolo di rappresaglia da parte della vittima di un atto illecito possono permettere alla stessa di vendicare l'offesa, entro determinati limiti consentiti, contro chi lo ha compiuto. La cosiddetta *lex talionis* — occhio per occhio, dente per dente — ne è un'esemplificazione: la vittima di un'aggressione può restituire il colpo, ma solo nella misura in cui egli stesso l'ha subito. Le regole consuetudinarie gli impediscono una vendetta illimitata. Il principio di base è qui quello della contrapposizione di due forze, contenuta però entro limiti precisi, tali da dare soddisfazione alla vittima e comporre la controversia. Se la comunità intende evitare il ricorso alla forza da parte della vittima, le sanzioni a titolo di rappresaglia assumono tipicamente la forma di un tariffario di penalità fisse cui l'autore dell'illecito deve sottostare, e che la vittima deve accettare, per una definitiva composizione della vertenza. Ecco quanto afferma al riguardo R. Redfield, che ha condotto ricerche presso molte tribù primitive in varie parti del mondo:

« Nella misura in cui le modalità di soluzione delle controversie, comprese le somme da pagare, sono fissate dalla consuetudine per classi di casi, si prefigura una sorta di codice che precede la scrittura. Nella misura in cui le consuetudini indicano il modo in cui la persona lesa debba

(2) R. REDFIELD, *Primitive law*, in *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict* (ed. P. BOHANNAN), 1967, 8-9.

agire per ottenere la soluzione, sia con il ricorso all'auto-tutela, sia con la percezione di un indennizzo, si ha una prima approssimazione di modelli giudiziari di procedimento » (3).

La storia delle origini del diritto romano mostra come i sistemi consuetudinari perdurino anche dopo che il diritto viene formulato in norme scritte e applicato da un tribunale con autorità riconosciuta. La più antica raccolta legislativa romana, tramandata fino ad oggi, è costituita dalle disposizioni delle Dodici Tavole, risalenti al V secolo a.C. In esse si stabiliva che una persona, cui fosse stato danneggiato un arto, potesse ricorrere — nel caso che non accettasse un risarcimento in denaro — alla rappresaglia. Per i casi di fratture ossee di altro tipo, il ricorso al taglione era tuttavia escluso, e la vittima doveva accettare, in sua vece, il denaro. L'entità del compenso pecuniario garantito dal « codice » variava a seconda che il ferito fosse un uomo libero o uno schiavo. In epoca successiva, a seguito del consolidamento del tessuto sociale e della svalutazione monetaria, questo rigido tariffario fu sostituito dall'azione giudiziaria, che conferiva al giudice il potere di indicare l'ammontare dell'indennizzo ritenuto, caso per caso, adeguato (*actio iniuriarum aestimatoria*). Da quel momento fu comunemente accettato, come giusto mezzo di soluzione delle controversie di quel tipo, il procedimento giudiziario per il risarcimento in denaro in luogo della rappresaglia fisica, e il sistema poté assumere maggiore flessibilità (4).

I primi istituti processuali del diritto romano, a noi noti, appaiono esser nati come strumenti per la composizione pacifica di liti potenzialmente pericolose. La più antica forma di azione giudiziaria per decidere chi, fra due contendenti, avesse diritto ad una cosa rivendicata da entrambi, la *legis actio per sacramentum in rem*, si apriva con una lotta simbolica fra le due parti rivali, infine interrotta dal magistrato (Gaius, *Inst.* IV. 16). Le

(3) *op. cit.*, p. 9.

(4) Per una critica alla tradizionale configurazione dello sviluppo delle obbligazioni *ex delictu*, cfr. G. MACCORMICK, *Revenge and compensation in early law*, n 21 *Am. Jo. Comp. Law*, 1973, p. 69 ss.

parti compaiono dinanzi al magistrato con l'oggetto tra esse conteso; sia l'una che l'altra se ne dichiarano inequivocabili proprietari e, a significare l'intenzione di far valere i propri diritti, ciascuna poggia un bastone sull'oggetto conteso. A questo punto il magistrato interviene ad imporre: «Lasciatelo tutti e due!» Ancora qualche altra formalità, e la controversia viene risolta con ricorso allo *iudex*, che è un cittadino privato, scelto dai contendenti, di comune accordo; quest'ultimo, sentite le testimonianze, decide. Tutto ciò mostra che l'intervento del magistrato simboleggia l'esercizio del potere della comunità, volto a prevenire lo scatenarsi di un conflitto violento. Il processo giudiziario sostituisce, visibilmente, un processo violento.

Il mantenimento della pace all'interno della comunità è presupposto della realizzazione di tutti gli altri valori giuridici. Parlare di giustizia o libertà ad un cittadino che non si senta convenientemente al riparo dal pericolo, a casa e fuori, è inutile e senza significato. Le popolazioni delle società primitive riescono a tenere a bada la violenza in seno alla propria struttura, senza aver coscienza di restrizioni giuridiche alla propria condotta. Ciascuno agisce a seconda di quelle che sono le aspettative dei suoi simili: e ciò, sia perché è il modo stesso in cui desidera agire, sia perché non gli passa per la mente di fare altrimenti. Di fatto, le consuetudini della comunità costituiscono una così larga parte del suo sistema di vita, che egli non le sente come limitazioni esterne alla propria libertà d'azione. Le regole di condotta formulate espressamente e le procedure stabilite per la loro applicazione svolgono un ruolo relativamente esiguo nel mantenimento del controllo sociale. Nella misura in cui la società assume dimensioni più vaste, la vita comunitaria diviene più complessa e le relazioni sociali più impersonali, si afferma l'esigenza di un numero sempre maggiore di norme e procedimenti del genere. Un indiano d'America, trasferito in una riserva, ebbe a dire che nei tempi andati «non esisteva legge: ciascuno faceva ciò che era giusto fare»; nell'ambito della riserva venne a ritrovarsi circondato da norme a lui estranee, che costituivano una limitazione della sua condotta (5). Così pure, Tacito osservò che le tribù ger-

(5) REDFIELD, *op. cit.*, p. 21.

maniche primitive, incontrate dalle legioni romane, tenevano alle proprie consuetudini più di quanto la maggior parte dei popoli non tenesse alle proprie leggi ⁽⁶⁾.

Obiiettivo primario delle norme giuridiche è la tutela, nei beni e nella persona, dei membri della comunità, affinché essi non abbiano ad esaurire le proprie energie nelle fatiche dell'autodifesa. A tale scopo, devono fornire gli strumenti necessari alla soluzione pacifica di eventuali controversie sorte fra individuo e comunità o fra i singoli individui. In alcuni settori del diritto, le regole si limitano a delineare un quadro, nel cui ambito individui o gruppi con interessi confliggenti possano condurre le proprie lotte in modo non violento. Il diritto costituzionale è un complesso di regole tese a disciplinare i conflitti e le mutazioni d'ordine politico e gli avvicendamenti di governo. In assenza di regole, le stesse modifiche potrebbero avvenire solo mediante una rivoluzione violenta. Il diritto del lavoro persegue obiettivi simili. Prende atto dell'esistenza di una conflittualità d'interessi fra lavoratori e datori di lavoro, e tenta di far sì che la lotta si svolga pacificamente e che le specifiche vertenze siano definite da tribunali, la cui autorità goda il rispetto di entrambe le parti.

L'idea che lo scopo fondamentale del diritto sia la soluzione pacifica di vertenze, potenzialmente violente, trova espressione nella Carta delle Nazioni Unite (articolo 33), che prevede gli strumenti per comporre, appunto, quelle controversie « la continuazione delle quali è suscettibile di compromettere il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali ». Quest'idea indica i limiti di comportamento regolati dal diritto pubblico. Esistono molti tipi di conflitti e controversie irrilevanti per il diritto, giacché possono essere risolti fuori dai tribunali, senza rischio per la pace della comunità. Oggi, la gente può professare credi religiosi differenti, senza per questo provocare violenze, almeno nella maggior parte dei casi. Perciò la legge non si cura di prescrivere modalità di pratica religiosa dei cittadini. In molte epoche del passato, aderenti a confessioni religiose non esitavano a ricorrere alla violenza per imporre l'osservanza di quanto, secondo i loro convincimenti, costituiva il complesso degli obblighi

⁽⁶⁾ *Germania*, 19. 5.

religiosi per tutti i membri della comunità. Ciò perché ritenevano che la collettività nel suo insieme avrebbe risentito delle inadempienze dei singoli. La pratica religiosa doveva costituire oggetto di diritto pubblico in quanto implicava rischi per la pace collettiva. Esistono altre attività, che il diritto prende in considerazione solo quando divengono una minaccia per l'ordine pubblico. Così, un uomo può ubbriacarsi quanto vuole, purché ciò avvenga a casa propria o presso un amico; lo stesso comportamento in un luogo pubblico comprometterebbe l'ordine pubblico, rendendo quindi automaticamente applicabili norme di natura giuridica.

Il valore della sicurezza.

Obiettivo molto vicino alla pace è la sicurezza. Il diritto comprende un complesso di norme cui chiunque, nel programmare la propria vita, può riferirsi. Sembra esserci, nell'uomo, un desiderio istintivo di vivere in conformità a regole definite. Dice David Hume: « Esiste un principio della natura umana, da noi più volte osservato, secondo cui gli uomini sono fortemente soggetti a regole generali, e spesso spingono le proprie regole di condotta al di là di quelle motivazioni che, in principio, li avevano indotti a stabilirle » (7).

L'assenza di regole provoca l'insicurezza, soprattutto in ordine all'esercizio del potere dei governanti. La *rule of law* si contrappone a quei sistemi che concedono ai funzionari ampi poteri discrezionali che si ripercuotono sull'individuo. Tali poteri minano il senso di sicurezza del cittadino, per il fatto che ne espongono i diritti all'incertezza e al caso. In contrasto, 'la *rule of law* impone che ogni decisione sia presa mediante l'applicazione di principi e leggi noti. In generale, le decisioni devono essere prevedibili e devono permettere al cittadino di conoscere la propria posizione giuridica' (8). Qui l'accento è posto sul valore della certezza, l'esistenza ed il mantenimento della quale richiede che le

(7) *Treatise of Human Nature*, Book III, Part. II, section 9 [trad. it. cit., p. 583].

(8) *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries*, 1957, Cmnd. 218, para 29.

leggi che regolano la condotta della pubblica amministrazione siano espresse in modo quanto più possibile preciso.

La *rule of law* esige inoltre che le norme siano applicate dai tribunali con una procedura corretta e appropriata.

« Nelle nostre società moderne, altamente organizzate ..., in cui gli atti e le decisioni dell'amministrazione incidono profondamente sul benessere e sulla felicità dei cittadini, soprattutto dei poveri, la vita sarebbe intollerabile se non esistessero strumenti per far sì che l'ingerenza dell'azione amministrativa sulla libertà e sui beni del singolo non prevarichi i limiti autorizzati dal potere legislativo ..., e far sì che le decisioni d'ordine amministrativo, così autorizzate, siano imparziali » (9).

Le società occidentali hanno affrontato il problema della creazione di tali strumenti secondo due tecniche alternative: o considerando la materia inerente ai rapporti tra il privato cittadino e il governo come del tutto distinta da quella riguardante rapporti tra privati, ovvero considerando l'una come una semplice variante dell'altra. Il diritto francese rispecchia la prima alternativa (10). Esso muove dal principio secondo cui il governo, agendo in nome dello Stato, può fare quanto consideri necessario alla corretta amministrazione senza bisogno che vi sia una attribuzione di poteri regolamentari specifici da parte dell'organo legislativo. Tradizionalmente, l'esecutivo della Repubblica francese ha esercitato poteri basati su quelli della prerogativa regia, esistenti sotto la monarchia. La presenza di tale vasta quantità di poteri regolamentari interni attrasse presto l'attenzione sulla necessità di creare una qualche forma di controllo della loro legittimità per proteggere il privato cittadino da eventuali atti amministrativi illegittimi, in modo da evitare che la Repubblica

(9) Lord Diplock, Pref. a: B. SCHWARTZ - H. W. R. WADE, *Legal Control of Government*, 1972, xi.

(10) O. KAHN-FREUND, CL. LÉVY - B. RUDDEN, *A Sourcebook on French Law*, 1973, p. 182 ss.; L. N. BROWN - J. F. GARNER, *French Administrative Law*, 2ª ed. 1973.

si mutasse in uno stato di polizia ove l'operato del governo fosse esente da qualsiasi limitazione. I giudici ordinari applicano il codice civile, che regola la sfera delle controversie fra privati. Non essendo lo Stato soggetto alle norme di diritto comune, i giudici ordinari non hanno competenza nelle controversie riguardanti lo Stato stesso o i suoi funzionari. Per questo motivo nacque una giurisdizione amministrativa separata, comprendente una gerarchia di tribunali amministrativi speciali culminanti nel *Conseil d'État*, nella sua funzione giurisdizionale.

Il diritto romano aveva già conosciuto la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; il contributo francese consiste nel riferire le due forme di diritto a due giurisdizioni distinte. Così, i tribunali amministrativi controllano la legittimità dell'operato dell'Amministrazione secondo le norme del diritto pubblico. I loro rimedi abbracciano tutta la materia; possono annullare atti amministrativi o concedere indennizzi a vittime di danni derivati da illeciti compiuti da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni. Esistono importanti differenze tra il diritto applicato da questi tribunali amministrativi e il diritto privato, come è regolato dal codice civile. Ad esempio, il diritto che disciplina i contratti tra il privato cittadino e la pubblica amministrazione si differenzia notevolmente dal comune diritto civile delle obbligazioni. Non esiste, comunque, nel diritto pubblico qualcosa di equivalente al codice civile, talché il diritto è soprattutto frutto della giurisprudenza; in altre parole, esso è stato creato dal *Conseil d'État* mediante un processo di enucleazione caso per caso, per vie analoghe a quelle attraverso le quali si è sviluppato il *common law*. In particolare, il *Conseil d'État* sviluppò il concetto di sviamento del potere (*détournement de pouvoir*) per controllare abusi del potere discrezionale da parte dei pubblici funzionari. Sin dal 1945, da tale tribunale si è venuto costruendo un corpo di « principi generali del diritto da applicarsi in assenza di leggi »; essi furono descritti come corrispondenti ai valori ritenuti essenziali per una società civile che abbia a cuore l'individuo ⁽¹¹⁾.

(11) B. JEANNEAU, in *Equity in the World's Legal Systems* (ed. R. A. NEWMAN), 1974, p. 240; *infra*, p. 144.

Il *common law* esemplifica la seconda alternativa, con cui è stato affrontato il problema dell'esercizio di un controllo di legittimità sul governo. In passato questo diritto non aveva attuato una separazione tra diritto pubblico e diritto privato. Assumeva che il diritto fosse indivisibile, nel senso che lo stesso complesso di norme attenesse da un lato al governo e ai suoi funzionari, dall'altro al privato cittadino. Tuttavia, la *King's Bench* — la più importante corte di *common law* — elaborò uno speciale sistema di *prerogative writs*, rimedi giuridici in grado di assicurare, ad esempio, che un pubblico ufficiale potesse essere chiamato a rispondere di eccesso o abuso di potere (*writ of certiorari*), oppure venire obbligato all'esecuzione dei propri doveri (*writ of mandamus*).

« Non vi è dubbio che l'assenza, nel *common law*, di un ramo distinto del diritto pubblico — entro la cui sfera le azioni contro le autorità pubbliche vengano intentate esclusivamente dinanzi a speciali tribunali amministrativi e disciplinate da un complesso di norme speciali — è direttamente riconducibile all'uso diffuso dei *prerogative writs* da parte della *King's Bench* » ⁽¹²⁾.

Per lungo tempo le corti inglesi fecero un uso relativamente limitato di questi *writs* per il controllo sugli affari amministrativi. La supremazia del Parlamento — nel raffronto con gli altri istituti costituzionali — unitamente al fatto che i ministri sono direttamente responsabili di fronte al Parlamento, suggerì l'opportunità di attaccare l'uso improprio dei poteri regolamentari, in sede parlamentare, piuttosto che in sede giudiziaria. In tempi recenti, comunque, hanno fatto ricorso ai tradizionali *writs* con un vigore maggiore.

Per contro, negli Stati Uniti, poco dopo l'indipendenza, la Corte Suprema ritenne che la Costituzione le attribuisse il potere di controllare l'operato sia del legislatore sia dei giudici. I suoi

⁽¹²⁾ S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^a ed., 1973, p. 513; sugli specifici aspetti giuridici dei contratti nel diritto amministrativo inglese, cfr. C. C. TURPIN, *Government Contracts*, 1972.

rimedi principali consistono nel potere di dichiarare che un atto amministrativo è illegittimo e nell'accordare una inibitoria per vietare ad un funzionario o ente amministrativo di darvi esecuzione. Sia le Corti Federali che quelle dei singoli Stati hanno fatto ricorso vigorosamente a queste misure. È stato rilevato recentemente che « negli Stati Uniti ci si attende sempre più dai giudici che svolgano una effettiva funzione di *ombudsman* e correggano il cattivo funzionamento degli apparati di governo che le sfere politiche hanno mostrato di non potere, o non volere, correggere » (13).

Una cosa è dichiarare un atto come illegale e ordinare che ne venga sospesa l'esecuzione, ben altra cosa è provvedere all'indennizzo a coloro che già ne sono stati danneggiati. In accordo con un antico principio (« *The King can do no wrong* »), il governo — essendo il governo del re — non poteva essere citato in giudizio davanti ai giudici reali. Il principio, enunciato da Bracton nel tredicesimo secolo (« *Rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem* », *De Legibus*, I, 5), non sembra avesse granché valore poiché la legittimità degli atti del sovrano, e compiuti in suo nome, non poteva essere contestata. Tuttavia, vi erano vari espedienti per limitare questa immunità del sovrano. Le petizioni dei sudditi, con cui veniva lamentata l'inadempienza contrattuale da parte di organi del governo, potevano essere sentite secondo una procedura speciale, nota come *petition of right*; tale procedura non era però utilizzabile da parte di chi denunciava di essere stato danneggiato da atti illeciti commessi da pubblici funzionari. In pratica, il funzionario veniva citato personalmente, dato che l'immunità della corona non era per lui una difesa e il governo pagava l'entità del risarcimento cui il funzionario era stato condannato, alla stessa maniera di un datore di lavoro privato. Nel 1947, il *Crown Proceedings Act* rese soggette le autorità di governo a tutte le responsabilità per illeciti civili cui esse sarebbero state soggette « se fossero state (persone) private in piena età e capacità », ivi inclusi gli atti dei dipendenti e funzionari nonché l'esercizio dei

(13) SCHWARTZ-WADE, *op. cit.*, p. 207.

poteri discrezionali. Vi sono alcune eccezioni che, comunque, non limitano in modo significativo il principio.

Negli Stati Uniti fu accolto il principio dell'immunità del sovrano come parte del *common law*. Nel 1946, il *Federal Tort Claims Act* rese le autorità di governo responsabili per il pagamento di risarcimenti «allo stesso modo e nella stessa misura in cui lo sarebbe un privato cittadino in circostanze analoghe». In questo ambito, tuttavia, esistono notevoli eccezioni, tra cui, ad esempio, quelle riguardanti gli atti discrezionali dei funzionari di governo nell'adempimento dei propri doveri, sia che tale discrezionalità configuri un abuso o meno.

Una caratteristica comune al diritto amministrativo francese, nordamericano e inglese consiste in ciò che questi sistemi considerano come illegittimi gli atti compiuti nell'esercizio di un potere discrezionale anche quando la discrezionalità si sia manifestata in termini generali, purché questi atti costituiscano abuso della discrezionalità stessa. I giudici annullano tali atti, senza però definire in modo troppo preciso cosa debba intendersi per abuso: nel diritto inglese, il criterio applicato è quello della non ragionevolezza (*unreasonableness*). Il concetto di una discrezionalità illimitata di un pubblico funzionario contraddice il principio di legalità.

«Ogni potere legale deve avere limiti legali; in caso contrario vi è dittatura. In particolare, i giudici sono molto rigorosi nell'esigere che la discrezionalità sia esercitata in conformità alle scelte di politica amministrativa poste dalle leggi e per scopi congrui; essa inoltre non dovrebbe essere esercitata in maniera irragionevole. In altre parole, ogni intervento discrezionale è suscettibile di abusi, la cui prevenzione è compito fondamentale dei giudici» (14).

Si è ritenuto da parte di alcuni che non soltanto le regole che disciplinano gli affari amministrativi, ma tutte le leggi dovrebbero essere improntate ad una tale precisione di linguaggio da non permettere se non un minimo di discrezionalità al giudice che le applica. Come affermò categoricamente Francesco

(14) SCHWARTZ-WADE, *op. cit.*, p. 254-5.

Bacone: «la legge migliore è quella che lascia margini minimi alle discrezionalità dei giudici» (15). Tuttavia, né il linguaggio, né la capacità di previsione dell'uomo sono infallibili. È impossibile prevedere tutte le varietà dei casi che possono verificarsi entro l'ambito di applicabilità di una norma giuridica, né è possibile esprimere una norma con una terminologia che escluda ogni discrezionalità all'atto della sua interpretazione e applicazione. Certezza e prevedibilità non risultano compromesse se la norma viene interpretata secondo il suo spirito, sebbene tale interpretazione richieda un alto grado di autolimitazione da parte dei giudici. La discrezionalità è meglio tollerata quando venga esercitata pubblicamente da giudici che siano indipendenti dal governo e sia soggetta ad un sistema di giurisdizione di appello, piuttosto che quando ad esercitarla siano dei funzionari facenti parte dell'apparato governativo. Ciò, ben inteso, quando la fiducia pubblica nei giudici è più alta di quella riposta nei pubblici funzionari.

Il fine della sicurezza del diritto è stato tradizionalmente garantito dall'idea della continuità storica dell'ordinamento giuridico. Nella maggior parte delle società il diritto nasce come una serie di regole consuetudinarie, che si distinguono dal resto degli usi per il fatto di essere espresse per iscritto e applicate da un apparato istituzionale. Queste regole non sono considerate come create. Esse sono diritto perché fanno parte dei modi di vita del popolo e tali sono state da tempo immemorabile. Quando sono dichiarate formalmente per la prima volta non sono in alcun senso considerate come un'opera di creazione: esse sono scoperte. Così Fritz Kern si è espresso:

« Non vi è, nel Medioevo, una cosa come «la prima applicazione di una norma giuridica». Il diritto è antico; il diritto nuovo è una contraddizione in termini; giacché questo o deriva, esplicitamente o implicitamente da quello, o vi contrasta, nel qual caso non è diritto. L'idea fondamentale rimane la stessa: il diritto antico è il vero diritto,

(15) *Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis, De Augmentis*, Lib. 8, Aphorism 46. [Cfr. *Opere filosofiche* a cura di E. De Mas, Bari 1965, p. 492].

e il diritto è quello antico. Secondo le idee medioevali, pertanto, la promulgazione di leggi nuove non è affatto possibile: tutta la produzione normativa è concepita come la restaurazione del buon diritto antico che è stato violato » (16).

Ancor oggi probabilmente il *common law* si considera come dichiarato dai giudici; in qualche senso come diritto più vero delle stesse leggi di recente promulgate dal Parlamento. Il *common law* inglese è concepito come indivisibile nel tempo. Teoricamente, ciò che i giudici dichiarano oggi esser diritto è ciò che — da sempre — è stato tale. Quando una corte d'appello rigetta le decisioni di una corte inferiore, essa non dichiara di voler modificare il diritto anche se quelle decisioni sono state considerate per anni, fin lì, come diritto vigente. La corte di appello afferma che le precedenti decisioni delle corti inferiori sono 'erronee', cioè che i giudici di queste hanno errato quanto all'interpretazione del diritto. Come scrisse Henry Maine nel 1861:

« Quando un complesso di fatti è portato dinanzi a un giudice inglese per essere deciso, l'intera discussione fra giudici e avvocati si svolge sul presupposto che non si sollevi e non possa essere sollevato alcun problema che renda necessaria l'applicazione di principi che non siano quelli tradizionali o di distinzioni differenti da quelle accettate da lungo tempo. È dato come assolutamente dimostrato che esista in qualche parte una regola di diritto che ricomprenda i fatti della controversia in questione e che, se questa regola non è stata scoperta, è solo perché non si è avuta la necessaria pazienza e conoscenza o intelligenza per individuarla » (17).

Finzioni giuridiche e continuità.

Lo stesso Maine riteneva che questa concezione implicasse l'accettazione di una finzione giuridica; infatti, una volta presa

(16) *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. S. B. Chrimes, 1939, p. 151.

(17) *Ancient Law*, chapter 2 (World's Classics ed., 26); sull'idea del *common law*, cfr. P. STEIN, *Dict. History of Ideas*, 1973, II, 691 ss.

la decisione, tutti i giudici cambiavano tono ammettendo che la decisione avesse in effetti modificato la legge, in misura, comunque, non immediatamente valutabile. Così egli si esprime: « Il fatto che una antica norma sia stata abrogata e che una nuova abbia preso il suo posto ci sfugge: ciò perché non si ha l'abitudine di affidare ad un linguaggio preciso le formule giuridiche derivate dai precedenti; così, un mutamento di tenore, a meno che non sia violento e vistoso, è difficilmente rilevabile ». Maine riteneva che nascondere il mutamento del diritto, sotto la finzione che esso rimanesse immutato, fosse giustificabile nelle fasi iniziali dello sviluppo del diritto. Ciò permetteva di conciliare elementi di trasformazione e di conservazione. Finzioni siffatte presentavano il vantaggio di « soddisfare il desiderio di un miglioramento, non sempre assente, senza offendere, allo stesso tempo, l'avversione superstiziosa nei confronti delle innovazioni, sempre presente ». Egli non trovava invece alcuna giustificazione alla loro presenza nei sistemi giuridici più avanzati: « Conseguire obiettivi oggettivamente validi con espedienti primitivi come le finzioni giuridiche, non è degno di noi » (18).

Più di recente Lon Fuller, in un suo studio, *Legal Fictions*, ha individuato differenti tipi di tendenze al conservatorismo, mediante cui è possibile spiegare, se non giustificare, l'uso delle finzioni nel diritto (19). Fra queste tendenze, la più vistosa è quella del conservatorismo per ragioni di *policy* (*conservatism policy*). Essa ad esempio si manifesta quando un giudice, ben consapevole di modificare il diritto, deliberatamente dissimula il cambiamento, allo scopo di indurre gli altri a pensare che si tratti di una mera applicazione del diritto vigente. Segue poi la tendenza di tipo emotivo (*emotional conservatism*). « Può accadere che un giudice formuli una norma nuova in una veste vecchia, non al fine di trarre in inganno, quanto piuttosto perché quella forma espositiva soddisfa una sua personale esigenza di certezza ». Un tale tipo di tradizionalismo è radicato nell'« opinione, emotiva e oscuramente percepita, secondo cui la stabilità

(18) MAINE, *op. cit.*, p. 22-23.

(19) 1967, p. 56 ss.

è cosa talmente preziosa che anche la sua forma, la sua vuota ombra cioè, ha un valore » (pag. 58).

Un altro tipo è il conservatorismo intellettuale (*intellectual conservatism*). Un giudice può trovarsi costretto a ricorrere ad una finzione giuridica a causa della sua impossibilità d'esprimere i risultati del proprio giudizio se non in termini di finzione (pag. 64). Un giudice può desiderare giungere ad un verdetto favorevole alla parte lesa, oppure non poter far ricadere il caso concreto nella previsione normativa. In circostanze del genere, può accadere che il giudice configuri un qualche fatto come diverso da ciò che in effetti è, riportandolo in tal modo entro l'ambito della norma vigente. Nessuno sarà tratto in inganno dalla sua argomentazione. Invero, come suggerisce Fuller, l'effetto di una finzione può essere l'individuazione dei valori che si celano dietro la norma. Una dottrina che sia evidentemente basata su finzioni deve cercare la sua giustificazione in considerazioni di politica economica e sociale; una dottrina che non lo sia presenta spesso, al riguardo, una giustificazione irrilevante (pag. 71).

Il tipo più frequente è forse quello che Fuller definisce « conservatorismo di convenienza » (*conservatism of convenience*). Una vecchia norma viene estesa a una situazione nuova mediante una finzione che la fa rientrare nella categoria della vecchia norma. Jhering illustrò quest'uso della finzione con un esempio tratto dal diritto romano ⁽²⁰⁾. Secondo lo *ius civile* l'azione per la rivendicazione dei beni di un defunto, la *hereditatis petitio*, poteva essere esperita solo dall'erede. In epoca successiva, si rese necessario concedere questa azione, oltre che all'erede, ad altre persone come il *bonorum emptor*. Il modo più razionale di attuare la modifica sarebbe stato quello di alterare la norma regolatrice vigente. « Non era facile. Si sarebbe trattato di sostituire il concetto corrente e familiare di *hereditas* con un concetto nuovo, più generale, quello della successione universale, ed esso avrebbe dovuto esser concepito e formulato in modo chiaro. Si poteva attendere una nuova elaborazione della scienza giuridica? Fu scelta una strada, meno corretta dal punto di vista teorico, ma che, nella pratica, raggiunse lo scopo più rapidamente ». Il bo-

⁽²⁰⁾ *Geist des römischen Rechts*, 6^a ed. 1923, III. I, p. 302 ss.

norum emptor fu equiparato all'erede. La forma del diritto preesistente fu salvata, ma — in ordine a questo particolare aspetto — persone che eredi non erano, venivano a trovarsi su un piano di parità con gli eredi. Jhering così puntualizzò la sua tesi: « Lo scopo che si prefigge la finzione è mitigare le difficoltà connesse all'assimilazione e all'elaborazione di principi giuridici nuovi più o meno rivoluzionari, facendo in modo che si lasci intatta la dottrina giuridica tradizionale nella vecchia forma, senza tuttavia ostacolare, così facendo, l'efficienza pratica della nuova in alcun modo ».

Oggi i giudici ricorrono a questa tecnica quando vogliono riportare una nuova situazione entro l'ambito di una norma di *common law* o di diritto legislativo — riconosciuta da lungo tempo — i cui termini siano facilmente modificabili. Ad esempio, fino all'*English Divorce Reform Act*, del 1969, che introdusse — come motivo di divorzio — il principio della rottura del matrimonio, in Inghilterra erano contemplati essenzialmente tre motivi di divorzio: adulterio, crudeltà e abbandono. I giudici si trovavano ad affrontare situazioni in cui uno dei due coniugi aveva agito in modo tale da costringere virtualmente l'altro ad abbandonare le mura domestiche. Poteva il coniuge, la cui condotta aveva causato la separazione, essere accusato di abbandono, quando, di fatto, si era allontanato l'altro? I giudici facevano valere a carico del primo coniuge la presunzione di abbandono del tetto coniugale: e gli effetti erano identici a quelli di un abbandono vero e proprio.

In nome dell'uno o dell'altro tipo di conservatorismo, sia il diritto romano sia il *common law* diedero grande rilievo alla preservazione di un'apparenza di continuità. In entrambi i sistemi giuridici, è evidente l'attaccamento al rituale e al cerimoniale; sia nella solennizzazione di negozi giuridici — quale la traslazione di beni o la stipulazione di contratti — sia nella stessa configurazione delle forme processuali. La solennità legata a negozi traslativi o assunzioni di obblighi rafforzava il senso di stabilità dei diritti che venivano trasferiti o la qualità vincolante degli obblighi che venivano creati.

L'immagine di un giudice dell'Alta Corte inglese (*English High Court*), in toga e parrucca, non ispira più la stessa intensa

soggezione reverenziale d'un tempo; questo è indubbiamente il motivo dell'abolizione, con il *Courts Act* del 1971, dei più fastosi — e dispendiosi — cerimoniali che seguivano le visite dei giudici reali. Oggi il suo arrivo nelle città, sedi di Corte d'Assise, non è più salutato da squilli di trombe e voli di giavellotti. Tuttavia, nell'abbigliamento dei giudici, nella solennità del linguaggio, nell'architettura degli edifici, permane abbastanza, del vecchio rituale, da produrre nei presenti una sensazione di continuità col passato e di solidità del sistema giuridico. Tale stato d'animo alimenta, a sua volta, quel senso di fiducia nella giustizia, che è essenziale al raggiungimento dei suoi scopi.

Nei paesi i cui sistemi giuridici conservano l'impronta del razionalismo settecentesco, tali tratti sono di gran lunga meno evidenti. In Francia, ad esempio — anche se alcune teorie di diritto privato sono il frutto di interpretazioni giudiziali di articoli del *Code civil* del 1804 — si preferisce una esplicita riforma legislativa, con abbandono deliberato della normativa antica e sostituzione con la nuova. La differenza esistente tra l'atteggiamento anglo-americano e quello francese trova un vivido esempio nel campo del diritto costituzionale. La Costituzione degli Stati Uniti, promulgata a Filadelfia nel 1787, ha subito numerosi emendamenti, con alcuni dei quali sono state introdotte modifiche radicali. Malgrado ciò essa è amata dagli americani come fosse la costituzione originaria di cui i padri fondatori dotarono la nazione che nasceva; molto del credito di cui oggi gode è dovuto a questo senso della sua continuità. Per contro, nello stesso arco di tempo, la Francia ha adottato, e poi respinto, quattro costituzioni repubblicane, ed è ora alla quinta Repubblica.

Il precedente.

La teoria del precedente, per cui una decisione giudiziaria che non sia stata rigettata da un tribunale superiore è vincolante per tutti i casi analoghi sorti successivamente, costituisce un ulteriore esempio dell'alto valore che il *common law* attribuiva alla sicurezza e alla certezza. La dottrina è spesso intesa come espressione del concetto di giustizia. È vero che la giustizia richiede che casi analoghi siano decisi in modo analogo, ed è vero

che l'aderenza al precedente è un modo per evitare l'arbitrio. Ma in Inghilterra questa stessa dottrina ha impedito in passato ai giudici di respingere linee di decisioni prese precedentemente, anche quando in essi vi fosse la convinzione che il concetto incorporato in quelle decisioni portasse all'ingiustizia ⁽²¹⁾. Così, ad esempio, nel caso *Radcliffe v. Ribble Motor Services Ltd.*, la Camera dei Lords entrò nel merito della regola del *common employment*, secondo cui un lavoratore ferito a causa della negligenza di un compagno di lavoro non potesse chiedere i danni al datore di lavoro: e ciò, malgrado che un terzo, ferito in circostanze analoghe, avesse il diritto di farlo. I Lords ritennero che la regola fosse, su quel punto, ingiusta, e Lord Atkin asserì che la decisione sulla quale essa era basata procedeva su una tesi completamente infondata: quella secondo cui la dottrina del *respondet superior* riguardasse solo i terzi ⁽²²⁾. Nondimeno, giudicarono che il principio della subordinazione ai precedenti impedisse un superamento del principio del *common employment*, e quest'ultima fu abrogata solo nove anni più tardi, attraverso una legge.

Nel 1966, la Camera dei Lords dichiarò, tramite il *Lord Chancellor*, che, pur continuando in senso lato a considerare le decisioni passate come vincolanti, ne avrebbe in futuro dissentito, ogniqualvolta ciò fosse apparso giusto. Il precedente « offre, quanto meno, un qualche grado di certezza su cui l'individuo può contare nella conduzione dei propri affari ». Per un altro verso, « una troppo rigida aderenza al precedente può, in certi casi, condurre ad ingiustizia e, inoltre, restringere indebitamente il corretto sviluppo del diritto ».

Nel 1963, la Camera dei Lords, nel caso *Shaw (Ladies Directory)* riconobbe l'esistenza del reato di istigazione alla corruzione della morale pubblica, con sorpresa della maggior parte dei giuristi, i quali pensavano che un reato siffatto non esistesse. La maggioranza dei Lords ritenne giusta la condanna per tale reato dell'editore dell'opuscolo *Ladies Directory* nel quale prostitute pubblicavano inserzioni relative alla loro attività. Lord Reid

⁽²¹⁾ R. CROSS, *Precedent in English Law*, 2nd ed. 1968, p. 32 ss.

⁽²²⁾ [1939] A.C. 215 at 228.

esprese il suo dissenso, così argomentando: « Non spetta alle corti irrompere laddove il Parlamento esita persino a metter piede ... Le corti non possono, d'un tratto, creare un reato del tutto nuovo o una nuova forma di associazione a delinquere » (23). Dieci anni più tardi, la stessa camera si trovò a dover considerare se gli editori dell'*IT* (*International Times*) fossero stati giustamente condannati per lo stesso reato, per la pubblicazione di inserzioni da parte di omosessuali. La maggioranza della corte, basandosi sull'autorità della precedente decisione, giudicò fondata la condanna. L'opinione di maggioranza fu accettata da Lord Reid, che rilevò: « Continuo a ritenere che la precedente decisione fosse errata; non ho quindi motivo di modificare alcunché rispetto a quanto affermato in quel mio intervento ». Egli riconobbe inoltre che le precedenti decisioni della Camera dei Lords non erano più da considerarsi assolutamente vincolanti. Tuttavia, giunse alla conclusione che « per quanto erronea o anomala una decisione possa essere, deve restare valida e venire applicata a casi ragionevolmente analoghi a meno che, o fino a quando, non sia modificata in Parlamento » (24). Fece rilevare che, nei dieci anni intercorsi fra le due sentenze, vi erano state almeno una trentina di condanne per quel nuovo reato, ma che il Parlamento, in varie occasioni, aveva emanato leggi in materia, senza che nessuna annullasse espressamente la norma del caso *Shaw*.

Lord Reid osservò che — siccome il precedente era stato riconosciuto vincolante per un lungo periodo ed era stato seguito in altri casi — il suo rigetto quel momento avrebbe minato la stabilità del diritto. In tal modo, si sarebbe venuti ad usurpare la funzione del Parlamento. Aggiunse che, pur ritenendo la dottrina enunciata nel caso precedente erronea, la sua generale accettazione l'aveva resa legge. *Communis error facit ius*. Il giudice Brandeis, della Corte suprema americana esprese una tesi simile quando affermò: « Il fatto che una regola sia stabilita è più importante del fatto che essa sia stabilita nel modo corretto. Anche quando un errore nella dichiarazione di una norma

(23) *Shaw v. D.D.P.*, [1962] A.C. 220 a 275 pp. 276.

(24) *Knüller v. D.D.P.*, [1972] 2 All. E.R. 898 a p. 903.

dà motivo di seria preoccupazione, è generalmente meglio ricorrere alla correzione per vie legislative » (25).

Nel diritto penale, la certezza è più importante di quanto non lo sia in altri settori del diritto (come ad esempio nel campo della responsabilità civile, *law of torts*) per il fatto che un uomo non può essere privato della libertà per aver compiuto un'azione che non sia univocamente dichiarata delittuosa. Così pure, la certezza è necessaria nell'interpretazione di documenti aventi valore legale, quali testamenti, contratti trasferimenti di proprietà. I giudici intendono dare effetto alla volontà delle parti. Ma intendono altresì che si attribuisca lo stesso significato allo stesso complesso di parole, ogniqualvolta questo ricorra in un documento formale: ciò per il fatto che i consulenti legali si baseranno sull'interpretazione data in precedenti decisioni al significato delle parole.

In un caso recente, *Caerphilly Concrete Ltd. v. Owen*, in cui si trattava d'interpretare un contratto di *lease* (locazione) per la durata di cinque anni nel quale era contenuta una clausola che accordava al *tenant* (locatario) il diritto ad un altro *lease* « allo stesso canone e ferme restando le altre condizioni », la *Court of Appeal*, nelle parole del giudice Sachs, così stabilì:

« ... Le parti di questo contratto non avrebbero potuto intendere che il locatario dovesse aver diritto ad un nuovo *lease* alle stesse condizioni e per sempre ... La *Court of Appeal* ritenne che sarebbe stata pura follia, da parte del locatore, stipulare un contratto di tal genere ... I giudici si videro costretti a dare questa interpretazione a motivo della forza vincolante dei precedenti, particolarmente rigidi nel campo dei diritti reali ... » (26).

Applicazione del diritto.

Il diritto si distingue dalle altre forme di controllo sociale in quanto è connesso all'organizzazione politica della società. Nelle

(25) Cit. da F. FRANKFURTER, *The social views of Mr. Justice Brandeis*, in *The Brandeis Reader* (ed. E. H. Pollack), 1956, 64.

(26) [1972] 1 W.L.R. 372 a pp. 375-7.

società primitive, tutti i sistemi di controllo sociale sono considerati come appartenenti esclusivamente ai suoi membri e non applicabili pertanto agli estranei. Sia la morale che la religione, in origine costituivano un complesso di norme tradizionali tramandate all'interno di un determinato popolo. La religione del Vecchio Testamento era esclusiva del popolo ebraico e, come tale, custodita gelosamente. In modo analogo, il diritto era un complesso di regole applicabili ai membri della comunità in virtù della loro appartenenza ad essa. Il diritto romano originario era conosciuto come *ius civile*, legge per i *cives*, cittadini: non applicabile — per definizione — ai non cittadini; questi ultimi venivano considerati estranei ed erano, in origine, fuori della protezione della legge. Che le fasi iniziali del diritto inglese fossero basate su situazioni analoghe è suggerito dall'uso del termine *outlaw* (fuorilegge) per definire l'individuo che, a seguito di una condotta scorretta, veniva estromesso dalla comunità e, perciò stesso, dall'ambito della sua legge.

Moralità e religione della comunità tendono a spezzare i limiti che li confinavano entro lo spazio di un determinato popolo. L'ascesa del cristianesimo e dell'Islàm rivela la dinamica attraverso cui le religioni di un singolo popolo divengono universali, alla portata di chiunque ne accetti i principi. Similmente, si può parlare di una comunità etica, composta da tutti coloro che condividono gli stessi valori morali, al di là dei limiti di nazione e cultura. Il diritto invece non può svincolarsi, allo stesso modo, dalla comunità; è ancorato all'ordinamento politico per il fatto che la sua applicazione necessita di un apparato statale, in forma di tribunali, giudici, e tutori dell'ordine. Un ordinamento giuridico pienamente universale non potrebbe concretarsi altro che all'interno di uno stato mondiale, in grado di porre in essere tribunali con giurisdizione mondiale, e una polizia internazionale.

È vero che l'adesione a valori morali comuni può portare popoli differenti alla constatazione che molte delle norme contenute nei loro rispettivi sistemi giuridici hanno una base etica comune. Quando i romani immisero, per la prima volta, i *peregrini* nell'ambito del proprio sistema giuridico, ad essi applicarono lo *ius civile* a mezzo di una finzione per cui il *peregrinus* veniva trattato come fosse stato un cittadino: tutti sapevano

che era una finzione, ma nessuno poteva negarla. Successivamente, comunque, per casi riguardanti i *peregrini* fu istituito un giudice speciale che, in luogo di applicare lo *ius civile*, sviluppò un sistema di norme che venivano considerate come accettate da tutti i popoli civilizzati, lo *ius gentium*. I romani consideravano quelle norme come facenti parte dei sistemi giuridici di tutti i popoli con i quali erano venuti a contatto (« *commune omnium hominum ius* », D. I. I. 9), in virtù del fatto che erano emanazione del senso comune. Pur tuttavia, tale riconoscimento di una base comune, non modifica il fatto che il processo d'applicazione del diritto deve essere correlato allo Stato.

Chi identifica il diritto essenzialmente con un complesso di precetti morali può, con facilità, perdere di vista questo punto. Come disse il filosofo scozzese del XVIII secolo Adam Ferguson (27). « Non ci si può attendere che le leggi di un qualsiasi paese vengano elaborate sotto forma di lezioni di morale, volte ad istruire il cittadino su come interpretare il ruolo dell'uomo virtuoso. Le leggi — sia civili sia politiche — sono espedienti di *policy*, per conciliare le pretese delle parti e assicurare la pace della società ». I regolamenti devono esser applicati da uomini che abbiano sia mezzi disponibili per l'applicazione, sia la volontà di usare questi mezzi solo entro limiti legali. « Diritto senza forza non è altro che lettera morta; e la forza impiegata in modo improprio è destinata a vanificare tutte le cautele della istituzione giuridica ». Ciò non significa che l'ordine giuridico consista esclusivamente in norme, la cui violazione comporti l'applicazione di una sanzione. Il punto è che la coazione è indispensabile ad un sistema giuridico efficace, malgrado che non sia indispensabile anettere sanzioni ad ogni singola norma.

La forza organizzata dello Stato non è diretta indiscriminatamente a tutti i cittadini, ma solo a quelli sui quali occorre esercitare una coazione per il mantenimento della pace (28). Il pre-

(27) *Principles of Moral and Political Science*, 1792, II. 492 e 444.

(28) S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia 2a2. 96: « Quod enim est coactum et violentum, est contrarium voluntati. Voluntas autem bonorum consonat legi, a qua malorum voluntas discordat. Et ideo secundum hoc boni non sunt sub lege, sed solum mali ».

supposto di base è che la maggioranza dei cittadini accettino liberamente le direttive della legge come principi informativi della propria condotta. Di fatto, la maggior parte delle persone obbedisce alla legge per motivi diversi dal timore delle conseguenze penali cui porterebbe una trasgressione. I motivi reali dell'obbedienza, normalmente, variano sia in rapporto al tipo di legge sia in rapporto all'indole personale di ciascun individuo ⁽²⁹⁾.

Un uomo può obbedire ad alcune regole giuridiche perché non gli viene in mente di agire in altro modo. Si trattiene dall'aggre-
dire il proprio vicino o dal sottrargli i beni, perché è cresciuto con l'idea che assalire gli altri o rubare costituisca un illecito. Sin dalla sua prima infanzia, tutti i mezzi di persuasione sociale hanno contribuito ad inculcargli la convinzione che un tale comportamento sarebbe illecito, e il pensiero della punizione che può essergli inflitta, in caso di violazione della regola, ha su di lui un'influenza diretta scarsa o nulla. All'altro estremo, esistono alcune regole che egli violerebbe senza remore, se fosse sicuro di farlo impunemente, e ciò perché non vede la necessità della loro esistenza. Potrebbe, ad esempio, non trovar niente di male nell'acquisto di sostanze alcoliche in orari diversi da quelli permessi dalla legge; il fatto che non lo faccia può essere legato alla mancanza di occasioni. Le autorizzazioni sono revocabili. Il titolare di una licenza per la vendita di alcolici, se li vende fuori dagli orari regolamentari, rischia di perdere la licenza e, con questa, la fonte del proprio reddito. Vi sono anche altre regole, la cui utilità è riconosciuta dal cittadino, ma la cui violazione non appare ai suoi occhi così inequivocabilmente riprovevole come l'aggressione o il furto. Un esempio è l'obbligo di dichiarazione alle autorità doganali e del pagamento dei tributi per l'importazione di merci estere. In tali casi, il timore della sanzione può operare più efficacemente del motivo dell'obbedienza della legge.

Tra questi estremi esiste una gamma di inclinazioni e convincimenti che regola la disposizione all'obbedienza nei confronti della legge. Si obbedisce ad alcune regole perché spinti dai vantaggi che queste comportano; ciò è quanto avviene, ad esempio,

(29) Cfr. W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^a ed. 1959, p. 335 ss.

nel caso dell'obbligo per i genitori di inviare a scuola i propri figli. Ad altre regole si obbedisce per evitare la riprovazione dei concittadini o altre conseguenze extragiuridiche che scaturirebbero da una condanna come, ad esempio, quella prevista dalle norme sulle frodi alimentari o per casi di inadempienza alle norme igieniche per i ristoranti. Nella realtà, i produttori di beni e i fornitori di servizi sono più zelanti di quanto prescrive la legge, allo scopo di soddisfare e mantenere la clientela. Gli interessi in affari possono dettare *standards* di condotta più rigorosi di quelli prescritti dalla legge. Si osservano le disposizioni relative alla guida di veicoli per una molteplicità di ragioni: per evitare incidenti, per non rischiare di perdere la franchigia sul premio della polizza assicurativa, per evitare il ritiro della patente. Le norme sulla circolazione stradale in Inghilterra (*Road Traffic Act*) prevedono un sistema di totalizzazione delle infrazioni che porta quasi automaticamente a quest'ultima sanzione se si subiscono tre condanne in tre anni. Un'eventuale multa, quando inserita nell'ambito di queste considerazioni, avrebbe probabilmente un peso relativamente trascurabile. Lo stesso vale per il caso di danni liquidati a carico di un automobilista in un procedimento civile a vantaggio della vittima, dato che essi verrebbero pagati dalla compagnia assicurativa.

Le motivazioni che spingono un uomo all'obbedienza della legge dipendono anche dal tipo di persona che egli è e dal tipo di società di cui fa parte. È certo che molti obbediscono per pigrizia o per forza d'abitudine, senza neppure riflettere sul problema. In una società, le cui caratteristiche predominanti sono quelle del modello « familistico », e i cui componenti condividono uno stesso stile di vita, il mantenimento della comunità sarà sentito come valido in sé; tale convincimento le conferisce ulteriore stabilità. I membri di società siffatte tollerano molte più interferenze e conflitti reciproci rispetto ai membri di una società basata sul modello contrattuale, che si sono associati per fini meramente utilitaristici. « Comunità strettamente unite tollerano una gran quantità di sofferenze e avversità prima che si ponga il problema della dissoluzione della comunità » ⁽³⁰⁾. Per

⁽³⁰⁾ C. DYKE, in *Is Law Dead?* (ed. E. V. Rostow), 1971, 153.

contro, in una società con scarsa coesione sociale, è più difficile identificare gli aspetti devianti per i quali è necessario ricorrere alla coazione. Nella maggior parte delle comunità cui è rimasto un residuo di spirito comunitario, la massa della popolazione sente che una norma giuridica, per il fatto che è tale, va rispettata. Questo senso generale dell'obbligo può anche non essere razionalizzato e, di per sé, può essere definito come un intreccio di idee differenti.

Il dovere dell'obbedienza.

Uno dei fondamenti del sentimento di quest'obbligo è il rispetto all'autorità che ha creato la legge. Malgrado che oramai, la maggior parte della gente non sia disposta ad accettare la teoria del diritto divino del re e il concetto che egli abbia ricevuto da Dio un'illimitata autorità, continua ad esistere un senso di fedeltà al sovrano. In Inghilterra, questo senso di dovere personale verso il monarca è rafforzato dal fatto che le leggi non vengono emanate solo dal Parlamento, ma dal sovrano in Parlamento. Un tale senso di deferenza, di natura romantica e sentimentale, favorisce il perpetuarsi di società basate sul rispetto delle leggi, a prescindere dalla loro organizzazione politica. Lo si può, tuttavia, strumentalizzare, soprattutto collegandolo al concetto che lo Stato sia un complesso organico vivente, di cui il privato cittadino non costituisce che una cellula. Secondo questa teoria, propagata dai regimi totalitari, contano solamente gli interessi del tutto, e l'individuo — non essendo altro che una parte del tutto — non ha, in rapporto ad essi, alcun interesse proprio. La legge è caratterizzata quale espressione dello spirito popolare della nazione, enunciata per bocca del suo *leader*.

Una forma più generale del senso dell'obbligo è la convinzione che il diritto sia elemento essenziale di difesa contro l'anarchia. In assenza del diritto o della generale adesione alle sue direttive da parte delle masse popolari la società stessa si disgregherebbe. Come ha osservato Goodhart, questo sentimento spiega la rapidità con cui un usurpatore può diventare un capo rispettato. Persino in periodo di guerra è riconosciuta all'invasore l'autorità di stabilire regole per il normale svolgimento della

vita civile. Che una tale accettazione non sia fondata sulla forza del timore è dimostrato dal fatto che, anche dopo l'allontanamento dell'invasore, permane la validità di atti conformi a quelle disposizioni » (31).

La causa del senso del dovere più discussa è quella relativa all'obbligo morale legato ad una qualche forma di contratto. Non un contratto sociale, simile a quello che Hobbes ed altri ponevano all'origine della società, né una delega a governare, tra i membri di una società costituita e la persona che essi investono dell'autorità di governo. Ma, piuttosto, il tipo di contratto implicito illustrato da Platone nel dialogo *Critone*. Socrate si trova imprigionato, condannato a morte con una sentenza formalmente legittima che egli sa essere ingiusta. Si pone il problema, se un suo eventuale tentativo di fuga sia da considerarsi riprovevole o no. Secondo il ragionamento di Socrate, la legge ha un'autorità che è indipendente sia dalla giustizia del contenuto sia dalla efficacia della sanzione (32). Ogni tentativo di sottrarsi alla sanzione equivarrebbe alla rottura d'un patto. Vero che Socrate non ha esplicitato il proprio consenso al vincolo imposto dal verdetto dei giudici: tuttavia, un'adesione in tal senso è implicita nel fatto che egli è vissuto ad Atene per tutta la sua vita. Vivendo in quel luogo, nel godimento dei privilegi concessi a tutti i cittadini ateniesi, egli ha tacitamente promesso, in cambio, obbedienza alle leggi della città. Socrate equipara gli obblighi che il cittadino ha nei confronti dello Stato a quelli di un figlio nei confronti del proprio padre. La deferenza che il cittadino deve al governo costituito può sfuggire ad una analisi condotta unicamente secondo criteri di razionalità. Così come un figlio deve accettare il castigo inflittogli dal padre — anche se immeritadamente — allo stesso modo il cittadino deve accogliere tutto ciò che gli proviene dallo Stato. La città non può continuare ad esistere se le decisioni dei giudici vengono ignorate dai cittadini. L'individuo non ha il diritto di scegliere a suo piacimento tra le norme che intende ottemperare e le altre. Socrate

(31) *English Law and the Moral Law*, 1953, .p 25.

(32) J. W. JONES, *Law and Legal Theory of the Greeks*, 1956, p. 1 ss.; D. DAUBE, *Civil Disobedience in Antiquity*, 1972, p. 72 ss.

preferisce morire in obbedienza alle leggi, piuttosto che vivere una vita senza legge che contribuirebbe alla dissoluzione della città.

Una versione moderna dell'argomentazione socratica adotta tale tesi nei confronti del fenomeno del parassitismo sul piano sociale. Non è giusto usufruire dei vantaggi offerti dalla vita collettiva, senza contribuirvi in alcun modo. « I benefici di una vita sicura e ordinata sono resi possibili solo perché quasi tutti i cittadini obbediscono alle leggi. Tali vantaggi sono alla portata di tutti, sia di chi rispetta sia di chi non rispetta le leggi. Nella misura in cui un cittadino non obbedisce ad una norma, è un parassita sociale » ⁽³³⁾.

Esiste, alla base della logica socratica, come a quella della sua versione recente, un importante presupposto. L'implicita promessa di ubbidire alle leggi, da parte del cittadino, non è priva di giustificazione. Essa presuppone che le leggi, almeno considerate nel loro insieme, siano tese al bene della comunità e non siano, da questo punto di vista, ingiuste nel senso di una iniqua distribuzione di benefici e oneri. Affinché tale presupposto sia giustificato, occorre che coloro i quali creano le leggi siano stati investiti di una tale autorità dalla generalità dei cittadini, in modo che le decisioni prese da pochi riflettano la volontà generale. In una tale ipotesi è fondato supporre che è giustificato *prima facie* considerare vincolante nei riguardi dell'individuo quanto in concreto viene deciso. I legislatori dovrebbero essere meglio informati del cittadino e dovrebbero essere in grado di affrontare i problemi dal punto di vista del bene comune. Può trattarsi, tuttavia, solo di una giustificazione *prima facie* fondata. L'individuo può, a volte, trovarsi ad affrontare il quesito: entro quali limiti dovrei obbedire alla legge?

Il dialogo di Platone suggerisce che ognuno di noi dovrebbe sempre tener presente che la disubbidienza pubblica alla legge

⁽³³⁾ J. RAWLS, *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, in *Law and Philosophy: a symposium* (ed. S. Hook), 1964, p. 3 ss.; per la tesi secondo cui il consenso non può oggi essere considerato implicito per il fatto dell'appartenenza e della partecipazione ad una comunità, cfr. M. WALZER, *Obligations: Essays on Disobedience, War and Citizenship*, 1970.

è un male in sé, provoca un indebolimento dei legami che tengono unita la società, e non dovrebbe quindi essere ammessa se non per motivi molto gravi. Pur tuttavia, come osserva Campbell, una tesi siffatta è di « scarsa o nessuna rilevanza se applicata ad atti privati individuali che non abbiano significative ripercussioni esterne » (34). Va inoltre rilevato che, all'interno di una società democratica, l'individuo è libero di criticare la legge o di lottare per la sua riforma. Qualora egli ritenga che un aspetto della legge sia ingiusto, è suo dovere perseguirne la modifica per vie costituzionali. Nel decidere sull'opportunità della sfida alla legge, dovrebbe tener conto di una possibilità di errore nella valutazione degli effetti e dell'eventuale influenza d'una componente impropria, basata sull'interesse personale. Nondimeno, al di là di considerazioni del genere, in un uomo che sia morale nel senso che è consapevole di essere un soggetto libero, in grado quindi di agire in modo giusto o non giusto, possono permanere dei dubbi. Un uomo di questo tipo può incorrere in una conflittualità di principi. Può avvenire che la legge gli imponga di fare ciò che il suo credo religioso e i suoi principi morali, invece, gli vietano. In un simile dilemma, non può che comparare i mali derivanti da una condotta in conformità alla legge con quelli derivanti dalla disobbedienza, e decidere di conseguenza (35).

In un famoso saggio che introdusse nella teoria politica il termine 'disubbidienza civile', Henry Thoreau sostenne che l'uomo morale non ha certo il dovere di « dedicarsi a estirpare ogni forma di ingiustizia, per enorme che sia; può essere impegnato in altre giuste cause che lo tengono occupato; è però suo dovere, quanto meno ... non appoggiare, di fatto, l'ingiustizia ». Se la legge è « tale da chiedervi di essere causa d'ingiustizia ... allora, io dico, violate la legge! » (36).

(34) *Obligation and Obedience to Law*, in 51 *Proc. British Academy*, 1965, 352 (trad. in *Riv. int. fil. dir.*, 1967, p. 637).

(35) Per un'analisi delle argomentazioni *pro* e *contra* le giustificazioni morali della disobbedienza alla legge, cfr. R. A. WASSERSTROM, *The obligation to obey the law*, in *Essays in Legal Philosophy* (ed. R. S. SUMMERS), 1968, p. 274 ss.

(36) *On the Duty of Civil Disobedience*, 1849, rist. in *Civil Disobedience* (ed. H. Bedau), 1969, 27 ss.

Occasionalmente la legge stessa può contemplare l'obiezione di coscienza quale motivo di inadempienza alle sue direttive. Al riguardo, qualora l'obiezione di coscienza sia provata, la legge non è disattesa. In circostanze di questo tipo, è imposto un rigoroso onere della prova. Nella eventualità dello scrupolo religioso, ad esempio, si richiede la prova dell'adesione formale — per un arco di tempo consistente — ad un culto, la cui dottrina ufficiale corrisponda alle tesi sostenute; per quanto attiene allo scrupolo morale, poi, si esige che la condotta cui si obietta specificamente sia in evidente contrasto con i principi generali di etica dell'individuo. Un pacifista che consideri ingiusto qualsiasi tipo di guerra, è riconosciuto come obiettore di coscienza rispetto al servizio militare; non lo è invece, chi si opponga ai fini di un determinato conflitto armato, a cui è chiamato a partecipare. Ciò per il fatto che, in quest'ultimo caso, i suoi postulati etici non trovano modo di essere chiaramente distinti da considerazioni di natura politica, mentre l'obbedienza alla legge deve prescindere da tali considerazioni. Quando il diritto riconoscesse ad uomini eccezionali la libertà di violare le leggi, esonererebbe una fascia della società, « la minoranza illuminata », come la definì Thoreau, dalle sanzioni cui è sottoposta la maggioranza. Ciò contraddirebbe il principio d'eguaglianza fra tutti i cittadini d'una società democratica ⁽³⁷⁾.

Ronald Dworkin rileva che negli Stati Uniti si presuppone che i cittadini abbiano certi diritti fondamentali nei confronti del governo: diritti morali — come, ad esempio, la libertà di parola — che la Costituzione ha tradotto in diritti legalmente riconosciuti. Se tali diritti sono validi, « il riconoscimento del diritto di libertà di parola, implica che non sarebbe legittimo l'intervento del governo — per vietare discorsi — anche nel caso che esso ritenga che l'effetto di tali discorsi causerà più male che bene » ⁽³⁸⁾. L'argomentazione è basata sull'assunto che gli individui abbiano una forma di protezione speciale nei confronti della legge, quando si tratti di diritti il cui valore va al di là e

⁽³⁷⁾ E. V. Rostow, in *Is Law Dead?*, p. 90.

⁽³⁸⁾ *Taking Rights Seriously*, in *Is Law Dead?*, cit., pp. 168-176, rist. in *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. A. W. B. SIMPSON), 1973, pp. 202-210).

oltre i confini dell'ordinaria posizione di un cittadino. Così, ad esempio, anche se il governo può conculcare un diritto dei cittadini — per prevenire una catastrofe —, non lo può fare sulla base di motivazioni non gravi, ingiustificabili in una società che riconosca tali diritti. Altrimenti, afferma il Dworkin, parlare di diritti fondamentali non avrebbe senso. Perciò egli conclude che, ogniqualvolta la legge, nella società nordamericana, invade ingiustamente la sfera dei diritti, che il cittadino ha nei confronti dello Stato, quest'ultimo ha il diritto di disobbedire alla legge. In tale ipotesi, il diritto di disubbidienza è connesso all'esistenza dei diritti fondamentali stessi.

Le considerazioni di Dworkin si articolano sulla tesi dell'esistenza di diritti assoluti, indipendenti dalla legge intesa come complesso di norme statuite da un organo legislativo o riconosciute dai tribunali. Tali diritti sopravvivono ad ogni « legge o decisione giurisprudenziale ». Così, un cittadino potrebbe avere diritto di disattendere qualche norma — evitando presumibilmente qualsiasi sanzione — anche se la Corte Suprema ne avesse dichiarato la costituzionalità. Tuttavia, qualora l'unico organo riconosciuto dalla Costituzione come competente a pronunciarsi sui limiti inerenti ai diritti soggettivi si fosse espressa in senso a lui sfavorevole, allora il cittadino che disubbidisce alla legge perché convinto di avere il diritto di farlo, si ispirerebbe ad un proprio credo filosofico non ancora accolto dalla società nel suo insieme. È difficile dissentire da Rostow, quando dichiara che la posizione di Dworkin, come pure quella di Thoreau, è sostanzialmente anarchica: « ... che debba essere permesso all'individuo di decidere per proprio conto quali delle norme vigenti seguire e quali respingere, sia pure quando le sue decisioni siano frutto di sincere convinzioni filosofiche, è anarchia » ⁽³⁹⁾. Sarebbe in ogni caso arduo, tentare di applicare i ragionamenti di Dworkin ad una società quale quella inglese, dato che essa non considera i diritti civili secondo l'ottica nordamericana e, pur riconoscendo, l'esistenza di libertà civili, non conferisce loro, all'interno del sistema giuridico, posizioni formalmente privilegiate.

⁽³⁹⁾ *Is Law Dead?*, cit., p. 65; cfr. C. A. AUERBACH, *ibid.*, p. 208 ss.

È stato talvolta sostenuto che sarebbe doveroso fare una distinzione fra la disobbedienza violenta alla legge (che prefigura la rivoluzione e che lo Stato, chiaramente, ha il potere di reprimere) e la disubbidienza non violenta ⁽⁴⁰⁾. Cittadini che promuovono manifestazioni pubbliche contro la legge, si dice, vanno giustificati se il proposito del loro gesto è quello di pubblicizzare una loro istanza e far scaturire una modifica della legge, altrimenti impossibile attraverso le normali vie costituzionali. Ciò quando la manifestazione non sia violenta. Se però, come è stato ribadito, in una società basata sul consenso, esiste un obbligo morale d'ubbidienza alla legge, tale assunto finisce con l'equivalere all'asserzione che è giusto perseguire fini morali con mezzi immorali ⁽⁴¹⁾.

Coloro i quali si oppongono alla legge per motivi di coscienza, dovrebbero esser disposti ad affrontare le conseguenze relative. Così, ad esempio, chi rifiuta di pagare il canone d'abbonamento alla televisione per il fatto che non è d'accordo sulla durata delle trasmissioni dedicate ai programmi in lingua gallese, lo fa allo scopo di rendere pubblica la propria protesta, e deve aspettarsi di essere multato. Il *Lord Chancellor* mosse degli appunti all'operato di alcuni giudici di pace che, avendo simpatizzato con le motivazioni di chi protestava agendo in quel modo, avevano deciso per l'assoluzione incondizionata. Il *Chancellor* biasimava il fatto che la legge non fosse stata applicata in modo imparziale:

« Se permettete alla gente di non pagare il canone d'affitto alla TV, perché non si dà nessuno o poco spazio alla lingua gallese, sia alla radio che alla televisione, dovete anche permettere che ci si rifiuti di pagare perché si trasmette troppo gallese e non abbastanza inglese, o troppa o troppo poca pornografia, o violenza, oppure per-

⁽⁴⁰⁾ A. FORTAS, *Concerning Dissent and Civil Disobedience*, 1968; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1972, p. 363 ss., il quale definisce la disobbedienza civile come un atto « contrario alla legge — pubblico, non violento, consapevole eppure politico — compiuto normalmente nell'intento di produrre un mutamento nel diritto o nella politica del governo ».

⁽⁴¹⁾ Rostow, in *Is Law Dead?*, *cit.*, p. 90.

ché alcuni programmi sono ritenuti politicamente distorti, o perché non c'è abbastanza, ovvero c'è troppa, musica 'pop' ... Non potete permettere che le corti divengano un'arena per le manifestazioni politiche » ⁽⁴²⁾.

Occorre, è vero, che lo Stato possa esercitare un potere coattivo sulle minoranze devianti (su cui deve essere esercitata una coazione per il mantenimento della pace); ma, se la legge che sancisce un tale potere non riscuote il consenso delle masse popolari e se una parte sostanziale di esse è incline a disubbidire e subirne le sanzioni relative, il potere coattivo ha cessato di avere una funzione. Prima che il *Betting, Gaming and Lotteries, Act* del 1963 legalizzasse i botteghini degli allibratori, le scommesse trattate per istrada erano illegali. Tuttavia, la loro diffusione nelle zone urbane era tale, che l'applicazione della normativa ad essi relativa divenne quasi impossibile. I procedimenti giudiziari instaurati a questo riguardo finivano per essere casuali e fortuiti, e, per conseguenza, l'applicazione delle sanzioni risultava arbitraria. Chi veniva perseguito e condannato risentiva tanto più della pena, in quanto sapeva che la maggior parte dei trasgressori riusciva a farla franca. Per il fatto che, in molte aree delle città, la maggioranza delle persone era disposta a violare la legge, la sanzione non riusciva ad essere operante. Per contro, quando la legge gode dell'effettivo rispetto generale, il fatto che il potere coattivo esista e possa essere esercitato, sulle minoranze, costituisce un elemento di formazione della persuasione della maggioranza che le leggi devono essere obbedite. Freud teorizzò la correlazione fra vita sociale civilizzata e ordine sociale coattivo sulla base della tesi secondo cui, tra le componenti della natura umana esistono istinti fortemente aggressivi che occorre inibire, nell'interesse dell'ordine sociale. In questo processo psicologico, di contemperamento tra le tendenze aggressive dell'uomo e le esigenze della vita civile, l'idea della legge intesa essenzialmente, come ordinamento coattivo ha una sua funzione, anche se la forza viene impiegata solo raramente ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ 28 *The Magistrate*, 1972, p. 133.

⁽⁴³⁾ D. LLOYD, *The Idea of Law*, 1964, p. 41-2.

In periodi di stabilità sociale il problema dell'ordinamento giuridico non si pone. I bambini crescono educati all'ordine sociale e d'accordo con le convinzioni inerenti al giusto e all'ingiusto. « Le società fortemente integrate sono caratterizzate da un alto grado di consenso o accordo sui valori fondamentali. Tali giudizi morali pervadono la vita sociale ... Il tutore dell'ordine ottiene la collaborazione del pubblico e gode della stima generale, in virtù del fatto che egli fa eseguire *standards* di comportamento accettati dalla comunità. Ciò conferisce una notevole autorevolezza morale al suo ruolo, situandolo in uno spazio sociale a sé, separato dalle masse: più o meno come avviene per i ministri del culto » (44).

Per contro, in periodi di rilevanti trasformazioni sociali, l'osservanza della legge da parte della maggioranza, e la sua applicazione imparziale alla minoranza deviante, si indeboliscono. Lo slogan « *Law and order* » si sente con insistenza sulle labbra di chi vuole mantenere l'assetto sociale preesistente. Una riforma organica non violenta è, di solito, considerata compatibile con la 'legge e l'ordine'; chi però non gradisce mutamenti programmati è incline a intravedere una minaccia alla stabilità sociale nella sua struttura esistente, e leva un monito secondo cui « la legge e l'ordine » sono posti in pericolo. La pace e la sicurezza sono presupposti di ogni modifica costituzionale in linea con i desideri della maggioranza; valgono anche però nell'interesse di chi, detenendo il potere, abbia perduto la fiducia della maggioranza e tenti di mantenere la propria posizione egemonica. Chi, come noi, non condivide l'analisi marxiana del diritto inteso quale mero meccanismo di conservazione del potere, deve tuttavia riconoscere che esso può venire impiegato come strumento di oppressione.

La disubbidienza civile alla legge ha recentemente assunto caratteristiche nuove, divenendo fenomeno di gruppo. Gruppi molteplici, spesso articolati in relazioni interindividuali di forte impronta « familistica », ispirati alla solidarietà collettiva, da qualche tempo stanno muovendo una sfida all'autorità dello Stato; si tratta di gruppi razzisti, antirazzisti, studenti radicali,

(44) M. BANTON, *The Policeman in the Community*, 1964, cit. da V. AUBERT, *The Sociology of Law*, 1969, p. 128-9.

associazioni sindacali. Come è stato detto da un commentatore americano, essi « hanno in un certo senso acquisito il diritto di veto sullo *status quo*, il potere di porre fine alla condizione di fatto sussistente, di far prendere dolorosamente coscienza agli altri gruppi sociali di una condizione che essi rifiutano ... gli interessi del paese non possono essere condotti armoniosamente senza una certa misura di consenso che coinvolga questi *gruppi sociali di dissenso* » (45). Il tentativo di sopprimerle altererebbe la natura della nostra società. E tuttavia, le idee correnti su diritto e Stato non ne tengono conto in modo congruo. La democrazia è concepita come basata unicamente sul consenso dei singoli individui, trascurando il consenso all'autorità da parte di gruppi che si muovono all'interno della società stessa. Lo Stato è visto come un potente organo coattivo che esercita la propria coazione solo su individui isolati, relativamente impotenti, devianti. Per questo motivo, sono state proposte nuove concezioni giuridiche che riconoscono la presa di coscienza e i diritti dei gruppi.

« L'indifferenza della legge ai diritti dei gruppi, la sua resistenza alla crescita di forti organizzazioni con ampi spazi di autonomia dall'autorità statale, è stata, già in passato, superata, per permettere lo sviluppo di organizzazioni sindacali, grosse società per azioni e associazioni. Chiese, fondazioni, università, l'area del commercio e del lavoro, hanno posto in essere forme giuridiche per le proprie attività. Resta da vedere se lo stesso potrà realizzarsi per alcuni gruppi sociali di dissenso » (46).

Tra i giuristi si dibatte il problema dell'opportunità di provvedere a risarcire i danni subiti dalle comunità negroamericane

(45) G. GOTTLIEB, in *Is Law Dead?*, *op. cit.*, p. 196-197. M. WALZER insiste sul fatto che la disobbedienza civile oggi procede da un gruppo sociale organizzato, cosicché l'individuo ha obbligazioni confliggenti, nei confronti del suo gruppo da un lato, e nei confronti dello Stato dall'altro (*op. cit. ante*, n. 33). Sulla lotta fra gli « ordini » dei patrizi e i plebei nella prima repubblica romana, cfr. DAUBE, *op. cit.*, n. 32, p. 162 ss.

(46) GOTTLIEB, *op. cit.*, p. 202.

come riflesso del sistema schiavistico e della segregazione razziale (47). Se la tesi del risarcimento ai negri si affermerà, altri gruppi emarginati si faranno avanti per rivendicare i propri diritti con impazienza.

La legge e l'ordine non possono essere perpetuati sul filo dell'azione propagandistica tesa a far riconoscere — come un dogma — la validità di un sistema di norme, anche quando esse siano già state accettate incondizionatamente dalle generazioni precedenti. Nel lungo periodo, una generale obbedienza alla legge dipende dalla qualità di questa sia in rapporto ai suoi contenuti che alla sua forma.

L'area del diritto.

Quando un preesistente consenso su questioni morali e sociali viene meno, senza essere sostituito da altro alternativo, coloro che intendono reprimere le turbative del dissenso o che vogliono preservare la moralità corrente, sono tentati di ricorrere a strumenti giuridici per conseguire i loro obiettivi. Quando ciò accade, il pericolo è che la legge verrà disattesa, e che non soltanto le norme messe in discussione, ma l'intero sistema giuridico ne risulterà discredito. L'obbedienza alla norma singola è richiesta in nome del principio della *rule of law*; e la chiara implicazione è che nessuno può frazionare il diritto in parti, di cui alcune accetta ed altre no. È in questo che consiste la forza del diritto quando lo si applica a minoranze dissidenti, che abbiano assunto atteggiamenti antisociali. E in ciò stesso consiste la sua debolezza quando si debba intervenire con meccanismi giuridici su aspetti della realtà, in ordine ai quali vi siano nella collettività opinioni contrastanti.

Ne è un esempio l'applicazione dell'*Industrial Relations Act*, del 1971, ora abrogata. La legge fu approvata in risposta alla convizione diffusa, condivisa da tutti i maggiori partiti politici, che le relazioni industriali richiedessero un intervento legislativo, a causa dell'effetto paralizzante che recenti continui scioperi, molti dei quali selvaggi, avevano avuto sull'economia nazionale.

(47) B. I. BITKER, *The Case for Black Reparations*, 1973.

Nonostante tutto, la normativa prescritta provocò un acceso disaccordo a livello politico. Essa imponeva alle organizzazioni sindacali responsabilità giuridiche senza precedenti, riguardo all'operato dei propri iscritti. Gli unici strumenti a disposizione del diritto per rendere effettiva tale responsabilità consistevano nell'imposizione di sanzioni pecuniarie a carico dei fondi sindacali, e, inoltre, nell'obbligo dei singoli membri delle organizzazioni sindacali di conformarsi a ciò che dal giudice è definita giusta pratica industriale; erano previsti, in caso di inadempimento, l'incriminazione e l'arresto per disprezzo della corte. Il grande pubblico vede le sanzioni pecuniarie in modo diverso riguardo a quelle che comportano la privazione della libertà individuale; non acconsente, di solito, a che sia prescritta una pena detentiva ove non sia stato commesso un reato. Così, l'arresto di cinque portuali per oltraggio al tribunale (*National Industrial Relations Court*) nel luglio 1972, scatenò un tale attacco contro l'*Industrial Relations Act*, che la legge stessa poté essere ripresentata al pubblico come « legislazione faziosa » diretta contro i lavoratori. Che tale fosse lo scopo dell'*Act*, è irrilevante; il fatto è che l'opinione pubblica lo recepì in quel senso. Ne conseguiva che la legge in qualche modo non appariva giustificabile e pertanto il cittadino era esonerato dal generale dovere d'obbedienza. Si creò una linea di tendenza verso una polarizzazione d'opinioni. Da una parte si voleva che la legge fosse abrogata, oppure emendata in modo sostanziale, per non aver conseguito il suo obiettivo, dato che — agli occhi di chi sosteneva questa tesi — le relazioni industriali stavano ora procedendo verso l'anarchia più di quanto non avvenisse prima della sua emanazione; da un'altra parte si riteneva che gli interessi settoriali di una minoranza non avrebbero dovuto dettare alla maggioranza i criteri legislativi, e che un'eventuale modifica della legge, conseguente a pressioni esercitate da mezzi diversi da quelli costituzionali, sarebbe stato il primo passo sulla strada del collasso sociale. Fu impossibile contenere il disaccordo entro l'ambito specifico della controversia sulle relazioni industriali; l'incertezza che ne scaturì investì aree di disciplina giuridica più tradizionali.

Un'altra questione molto dibattuta è quella riguardante lo spazio che il diritto può, o deve, ricoprire in materia di moralità.

Ce ne occuperemo nel capitolo VI. Analizzeremo in quella sede, soprattutto, fino a che punto il diritto debba, in linea di principio, tentare di regolare la condotta umana che rientra nell'ambito della moralità individuale. Qui ci interessa solo rilevare che in un periodo di consenso su questioni morali è quanto meno ragionevole realizzare (a prescindere dal fatto che sia o no desiderabile) una regolamentazione giuridica delle opinioni sociali dominanti in materia, ad esempio, della moralità in campo sessuale. Per contro, in un periodo di pluralismo morale è meno realistico pensare ad una regolamentazione giuridica in ordine a questioni sulla liceità delle quali esiste una forte disparità di opinioni.

Occorre riconoscere i limiti del diritto, in campi quali le relazioni industriali o la moralità individuale. Non può, il diritto, rendere l'uomo buono; la sua natura è tale da non permettergli di fuggire non solo il cittadino modello, ma neppure il buon vicino. Il diritto si limita, normalmente, a disciplinare come reato certi specifici aspetti della condotta umana. Ciò vedeva chiaramente Adam Smith:

« La mera giustizia (per la quale egli intendeva l'osservanza della legge), nella maggior parte dei casi, è solo una virtù negativa, e si limita ad impedirci di danneggiare i nostri concittadini. Un uomo che non faccia niente più che astenersi dal violare la persona, proprietà e reputazione dei propri vicini ... adempie, tuttavia, gli obblighi di ciò che bizzarramente viene definita giustizia e compie gli atti ... per l'omissione dei quali i propri simili potrebbero punirlo. Ci è possibile assolvere ai precetti della giustizia con lo star seduti e far niente » ⁽⁴⁸⁾.

La forma della legge.

Il rispetto della legge dipende non solo dal tipo di condotta che essa disciplina ma anche dalla sua forma. Le modalità attraverso le quali i suoi precetti vengono portati a conoscenza dei

⁽⁴⁸⁾ *Theory of Moral Sentiments*, 11^a ed. 1812, 137-8.

soggetti la cui condotta essi regolano dovrebbero di per sé avere ciò che Fuller chiama « moralità innata » (49).

Le leggi devono essere espresse in regole generali giacché uno dei fini precipui del diritto è quello di evitare che i fenomeni umani vengano definiti in modo arbitrario per scopi particolaristici. Per quanto possibile questo carattere di generalità delle regole deve essere preservato mediante la loro formulazione in maniera chiara e precisa, sgombra da eccezioni o motivazioni connesse. Ciò è soprattutto importante nel caso della legge. Come suggerì Montesquieu al legislatore: « le leggi non dovrebbero essere astruse; sono volte all'uomo d'intelligenza comune, non come esercizio dell'arte della logica, ma per la mente ordinaria del padre di famiglia » (50).

La chiarezza può, talvolta, essere perseguita solo a scapito della precisione, e quest'ultima, solo a discapito della prima. Le parole ordinarie della vita quotidiana sono certo più intelligibili delle terminologie tecniche e tuttavia, pur possedendo un nucleo ben definito di significato condiviso, tendono, sui margini, a dilatarsi nel vago. Così, permangono dubbi riguardo all'ambito dei casi che ciascuna dovrebbe coprire. Ne deriva che ci si imbatte di frequente in situazioni, in ordine alle quali diventa dubbio se la regola sia o no applicabile. Le parole — a seconda che figurino in un contesto giuridico o in uno generico — hanno un significato diverso. Un discorso ordinario è, di solito, rivolto a qualcuno che lo recepisce con interesse, nell'intento di capire ciò che gli si dice. Le leggi, al contrario, sono frequentemente indirizzate a persone che, deliberatamente, cercano di fraintenderne il significato, così da porsi in grado di potere, in seguito, con plausibilità, affermare di avere interpretato una norma come non applicabile alla specifica situazione personale. In casi dubbi, è compito dei giudici interpretare la legge. In Gran Bretagna i giudici si sono, per tradizione, mostrati riluttanti a spingersi oltre la mera applicazione del testo preciso della legge mediante l'ado-

(49) *The Morality of Law*, 1964, p. 39 ss. Per una critica del termine « moralità » a questo proposito, cfr. R. S. SUMMERS, in *More Essays in Legal Philosophy* (ed. Summers), 1971, p. 127 ss.

(50) *De l'Esprit des Lois*, XXIX [Trad. it. cit., p. 304].

zione del significato letterale delle parole impiegate, a meno che non ne derivasse un'ovvia assurdità o una contraddizione rispetto all'oggetto del testo di una legge nel suo insieme. Come risultato di questo atteggiamento, gli estensori della legge, furono costretti ad essere più dettagliati di quanto sarebbero altrimenti stati, giacché non avevano la certezza che i giudici — al momento della valutazione dell'applicabilità d'una regola in ordine ad una fattispecie — l'avrebbero interpretata secondo il suo vero spirito; in tal modo si creò un circolo vizioso. La redazione della legge divenne minuziosa, al punto tale da rendere spesso impossibile un'interpretazione più libera del testo, oggi ammessa da molti giudici. È per questo che la chiarezza con cui è espressa la legge resta intimamente connessa al livello di fiducia reciproca esistente fra legislatori e giudici.

Le norme giuridiche devono essere dichiarate pubblicamente, così da permettere al cittadino una facile individuazione della propria posizione giuridica. Ciò implica non solo la necessità che esse siano generalmente accessibili al pubblico, ma che siano altresì espresse in forma intelligibile. Nel 1965 fu richiamata l'attenzione del *Lord Chancellor* ⁽⁵¹⁾ sul fatto che il diritto inglese era « contenuto in circa tremila *Acts of Parliament* — il primo dei quali risale all'anno 1235 — in svariati volumi di legislazione delegata, emanata sotto l'autorità di quelle leggi, e in oltre trecentomila casi »; e che, pertanto era « estremamente difficile, per chiunque non avesse una preparazione professionale, individuare la norma attinente a ciascun caso concreto ». Il Parlamento, accettando la tesi secondo cui « il diritto inglese dovrebbe essere suscettibile di venir riformulato in una forma accessibile, intelligibile, e in accordo con le esigenze moderne », nominò una *Law Commission*, che assolvesse tale compito. Una adeguata informazione del diritto è importante, non solo per porre il cittadino in grado di prevedere le conseguenze della propria condotta; è anche un presupposto alla critica delle leggi da parte del pubblico informato « non esclusa, quando il caso, la critica che si tratti di leggi di tipo tale, che non dovrebbero essere

(51) *Proposals for English and Scottish Law Commissions*, 1965, Cmnd. 2573, 2.

emanate a meno che il loro contenuto possa essere in modo effettivo comunicato agli interessati » (52).

Connesso al principio della pubblicazione è quello della irretroattività. « È funzione della legge governare la condotta umana a mezzo di norme. Parlare di governo e direzione di un comportamento, oggi, mediante norme che saranno sancite domani, è come esprimere parole senza senso » (53). Inoltre, proprio la possibilità di una legislazione retroattiva indebolisce la forza delle regole, che dispongono per il futuro, ma si vengono a trovare sotto la minaccia di modifiche retrospettive. Fintanto che i giudici formulano nuove norme di *common law*, le loro pronunce sono strettamente *ex post facto*, per quanto attiene ai casi di prima attuazione. Bentham, appigliandosi a questo elemento, definì 'dog law' il *common law*. « Se il vostro cane ha l'abitudine di fare qualcosa che non vi garba, aspettate che lo faccia e poi, per questo, lo bastonate ... questo è il modo in cui i giudici creano le leggi per voi e per me » (54). La legislazione giudiziale, tuttavia, assume, di solito, la forma di una cauta riformulazione di norme già consolidate; perciò i giudici non possono, oggi, essere accusati di creare norme a carattere retroattivo.

Le regole giuridiche non dovrebbero richiedere ciò che è materialmente impossibile eseguire. Dovrebbero essere coerenti tra loro ed evitare di prescrivere linee di condotta contraddittorie, imponendo ora una cosa ora l'altra. È generalmente accettata l'idea della coerenza all'interno tra le diverse parti del sistema giuridico, posto che questo debba servire come guida della condotta umana. Minore è l'accordo, invece, sulla necessità di presentare un tale sistema come un corpo logicamente coerente. Il Codice civile francese, del 1804, comprende 2218 articoli: e tuttavia può esser pubblicato — con le leggi di modifica — in un solo volume tascabile. Nel suo campo è completo, dato che i suoi articoli coprono in modo sistematico l'intero ambito del diritto civile. Gli articoli sono presentati come parti di un tutto organico e non come una serie di proposizioni isolate. Perciò, è

(52) FULLER, *op. cit.*, p. 51.

(53) FULLER, *op. cit.*, p. 53.

(54) *Works*, v. 235.

molto più facile figurarsi un'immagine dell'omogeneità del sistema giuridico francese, di quanto non lo sia nel caso di altri sistemi giuridici non codificati, ma niente più di un'immagine. Molti degli articoli del Codice francese dovettero essere espressi in termini talmente generali, che sarebbe dannoso tentare una previsione delle conseguenze giuridiche della condotta, senza una conoscenza della giurisprudenza e della relativa dottrina ⁽⁵⁵⁾.

Nei paesi di *common law*, man mano che i sistemi giuridici hanno assunto una struttura sempre più complessa, è stata riconosciuta l'esigenza del ricorso alla legislazione. Per quanto riguarda l'Inghilterra, è in atto, ad opera della *Law Commission*, un processo di sistemazione (*restatement*) del diritto inglese, che opera attraverso il passaggio da un diritto essenzialmente non scritto (come viene chiamato impropriamente quello contenuto nelle raccolte giurisprudenziali) in un sistema di diritto scritto o legislativo. Nel paese, tuttavia, non si avverte l'esigenza di un codice civile simile a quello francese. Un criterio rigoroso di coerenza formale può implicare che a determinati concetti siano attribuiti identici significati in tutti i settori del diritto.

Si potrebbe ricordare il famoso dictum di Holmes: « La vita del diritto non è stata logica; è stata esperienza » ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition*, 1969, p. 27 ss. [Trad. it. *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di common law* a cura di A. de Vita, Milano 1973].

⁽⁵⁶⁾ *The Common Law*, 1881, p. I.

LA GIUSTIZIA IN GENERE E NEL PROCESSO

Il termine giustizia è talora usato come sinonimo di legge. Invero, abbiamo 'leggi' (*statutes*) per regolare l'amministrazione della giustizia; e in vari paesi il tribunale è chiamato 'palazzo di giustizia'. Anche se vi è un generale accordo che la giustizia è un valore che il diritto deve tutelare, non è facile tradurre questo principio in precise formulazioni. Si afferma che gli uomini hanno un senso innato della giustizia; sarebbe forse più esatto affermare che essi hanno in comune un senso dell'ingiustizia: talune condotte — in quanto ingiuste — provocano ovunque risentimento.

Edmond Cahn ha individuato alcune delle situazioni che, in modo tipico, sollevano il senso dell'ingiustizia ⁽¹⁾. Immaginiamo questa ipotesi: che diversi imputati siano accusati dinanzi allo stesso tribunale e di uno stesso reato commesso in circostanze analoghe, sulla base di prove ugualmente gravi. Qualora alcuni di loro venissero assolti e altri condannati (o addirittura ai colpevoli venissero irrogate pene diverse) si scatenerebbe in noi il risentimento, per il fatto che singoli individui in situazioni uguali sono stati trattati in modo diverso. Una analoga occasione di risentimento potrebbe essere un'eventuale condanna sproporzionata alla gravità dell'infrazione commessa; ciò perché si ritiene che debba esistere un certo rapporto tra la gravità della colpa e quella della pena. Ci si irrita quando un giudice non accorda a ciascuna delle parti uguaglianza di parola nel processo o mostra di avere pregiudizi pro o contro un determinato teste, ovvero

(1) *The Sense of Injustice*, 1949, p. 13-27.

quando prende in considerazione fatti del tutto irrilevanti con riguardo alla controversia. Qualsiasi difformità rispetto a determinate garanzie che ci si attende dalla procedura giudiziaria, come ad esempio l'imparzialità e l'eguaglianza delle parti nel processo (*fair hearing*), viene avvertita come ingiusta.

Tali esempi non esauriscono in alcun modo le situazioni in grado di evocare il senso dell'ingiustizia, ma dimostrano tuttavia che la giustizia è in qualche modo connessa con i nostri giudizi morali relativi alla condotta dell'individuo nella società. È da questo assunto che possiamo iniziare la nostra indagine.

La giustizia in Aristotele.

L'analisi aristotelica della giustizia, nel libro V dell'*Etica Nicomachea*, ha esercitato massima influenza, e rappresenta pertanto il punto di partenza per qualsiasi indagine. Aristotele distingue due tipi di « giustizia »⁽²⁾. Talvolta la parola viene usata come equivalente della virtù totale: l'uomo giusto è l'uomo virtuoso o l'uomo buono, in generale. Altre volte la giustizia significa virtù particolare, come il coraggio o la generosità, il cui campo specifico d'applicazione si riferisce ai rapporti dell'individuo con altri individui. Così, un uomo può essere giusto in quest'ultimo senso e non esserlo, invece, nel primo. Quando nella lingua inglese diciamo che un uomo è onesto, alcune volte ci riferiamo ad un individuo corretto in ogni suo atto nelle relazioni con altri, ma altre volte intendiamo riferirci ad un uomo che si astiene dal rubare o dal commettere azioni fraudolente. Se 'giustizia' può significare la virtù morale totale, perché alcune volte chiamiamo giustizia la virtù morale, dato che lo stesso termine, giustizia, viene anche usato in senso più ristretto e specifico? La spiegazione consiste nel fatto che, quando parliamo di virtù morale dell'uomo, pensiamo alla sua bontà considerata da un punto di vista statico, come un attributo o qualità. Quando invece definiamo quella stessa virtù col termine 'giustizia', ab-

(2) R. BAMBROUGH, *Aristotle on Justice: a paradigm of philosophy*, in *New Essays on Plato and Aristotle* (ed. BAMBROUGH), 1965, p. 159 ss. [Per i passi cit. nel testo, cfr. *Etica Nicomachea*, Bari 1973, trad. di A. Plebe, p. 105 ss.].

biamo in mente, piuttosto, quella bontà nel momento del suo operare nelle relazioni intersoggettive. Si tratta quindi della stessa bontà considerata però da un punto di vista dinamico, come forza che l'uomo giusto esercita nei suoi rapporti con gli altri. In tal modo si evidenzia la connessione fra il significato più ampio e quello più ristretto del termine « giustizia ».

Quando Aristotele si addentra nell'analisi del significato più ristretto e più specifico della giustizia distingue fra giustizia distributiva, concernente la ripartizione di benefici, responsabilità e *status* tra i membri della comunità, e la giustizia correttiva, diretta a ripristinare, tra gli stessi membri, il normale equilibrio, che sia stato in qualche modo alterato.

La *giustizia distributiva* tiene conto delle differenze di merito esistenti fra i diversi individui a favore dei quali sono fatte le attribuzioni; se i loro meriti sono eguali essi devono ricevere parti eguali, se sono differenti le parti devono essere proporzionali alle differenze di merito. « È quando persone uguali ricevono parti disuguali, ovvero persone disuguali ricevono parti uguali, che sorgono controversie e contestazioni » (V. iii. 6). La giustizia distributiva, quindi, concerne l'assegnazione di ciò che è « dovuto » a ciascun membro della collettività; per Aristotele, la misura dipende dai criteri di valutazione di merito adottati. A seconda della prevalente ideologia politica, il criterio potrebbe essere la nobiltà dei natali, la ricchezza, la virtù, o, in una democrazia, lo *status* di uomo libero. Nella *Politica*, (III. 12), Aristotele cita, come criterio distributivo, la capacità di chi riceve: qualora si dovessero distribuire dei flauti, dovrebbero essere assegnati unicamente a chi è in grado di suonare tale strumento. Non si sofferma su quest'ultimo aspetto, ribadendo che in tutti i possibili casi di giustizia distributiva, « giusto » significa ciò che è proporzionato in base ad un qualche criterio di ripartizione riconosciuto; e « ingiusto » significa ciò che viola la proporzione.

La *giustizia correttiva* opera nell'ambito delle relazioni fra privati, che possono essere volontarie, come nei contratti quali quelli di vendita, noleggio, cauzione e deposito, oppure involontarie, come avviene negli illeciti quali il furto, l'aggressione o la diffamazione. Questa forma di giustizia presuppone una situazione di conflitto o di squilibrio. Nei rapporti che nascono da

uno scambio volontario oppure da un illecito, una parte ha un vantaggio, l'altra subisce una perdita. Funzione del giudice è quella di ristabilire lo *status quo ante*, imponendo a chi si è avvantaggiato di pagare i danni corrispondenti all'ammontare della perdita da lui causata alla vittima. L'entità del risarcimento liquidato è quantitativamente correlata a quella della perdita, cosicché la misura della giustizia correttiva è una proporzione aritmetica, in contrasto con la proporzione geometrica che è propria della giustizia distributiva. Ai fini della giustizia correttiva non si tiene conto dei meriti delle parti; esse sono considerate uguali. L'unico problema è se una parte ha inflitto, e l'altra ha subito una perdita.

Successivamente Aristotele discute la concezione pitagorica della *giustizia come contraccambio* espressa dalla regola 'occhio per occhio, dente per dente' (3). I pitagorici avevano sostenuto una nozione della giustizia rigidamente quantitativa, dalla quale restava escluso ogni elemento soggettivo. Nella loro concezione, l'equilibrio poteva essere assicurato nel modo migliore da una riparazione naturale. Aristotele ammette che la base psicologica della legge del taglione ha le sue radici nel sentimento dell'ingiustizia da parte della vittima del torto. Il desiderio di vendetta è parte della natura umana; ma egli respinge l'idea dell'adozione di un mezzo meccanico quantitativo per comporre i conflitti sociali. La reciprocità, rileva Aristotele, non si accorda né con la giustizia distributiva, né con quella correttiva (V. 5. 2). Essa è un metodo pratico per trovare una soluzione soddisfacente alle controversie, in quanto il contraccambio naturale rappresentato dalla legge del taglione, piuttosto che armonizzare gli interessi confliggenti, porta alla violenza e, in definitiva, all'anarchia. Di più, nel caso di una persona colpita da un'altra, un mero contraccambio naturale non sempre pare giustificato; se, ad esempio, una delle parti è un magistrato, esso finisce per risultare inadeguato per difetto o per eccesso. Difatti: se chi colpisce è il magistrato, l'altra parte non è giustificata nel ricambiare con pari violenza; se è il magistrato ad essere colpito, chi colpisce

(3) A. GIULIANI, *La giustizia come reciprocità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 722 ss.

merita più di una reazione di pari livello. In entrambi i casi la legge del taglione altererebbe l'ordine sociale.

L'argomentazione di Aristotele presuppone quindi una società ordinata, con un giudice che applichi norme già riconosciute o precedenti. La determinazione del risarcimento non spetta alla vittima, ma ad un terzo. L'applicazione meccanica di una regola potrebbe condurre a gravi ingiustizie. Particolari situazioni — come recare offesa ad un cittadino oppure ad un magistrato — devono essere distinte, e ciò richiede una considerazione qualitativa delle circostanze.

Anche nel caso dello scambio di beni o servizi, il problema è quello di stabilire il contraccambio. Ciò è particolarmente difficile, dato che gli uomini hanno bisogni differenti e conflgenti, e ciò che essi possono scambiarsi è di valore differente. Nel caso dello scambio — come in quello della compensazione — Aristotele sottolinea che il problema implica un giudizio non solo relativo alla quantità, ma anche alla qualità di ciò che viene offerto. La determinazione del danno viene fatta da un terzo neutrale, che non si limita all'applicazione meccanica di una tariffa, ma formula un giudizio qualitativo delle circostanze. Nel caso dello scambio, è possibile giungere ad un giusto equilibrio attraverso le istituzioni artificiali della moneta e del mercato. « Sebbene sia impossibile che cose differenti siano esattamente commensurabili, la domanda offre una comune misura abbastanza precisa per usi pratici » (V. 5. 14). Il tipo di giustizia che Aristotele intende delineare può esistere solo fra persone libere che si confrontino su un piano di parità, cioè a dire fra chi goda di uno *status* formalmente uguale, e i cui rapporti siano governati da norme prestabilite. Nel caso del padrone e dello schiavo, invece, non è possibile alcun rapporto del genere, e pertanto non vi può essere un problema di giustizia se non in senso metaforico. Il concetto di giustizia riguarda soltanto i rapporti fra individui liberi. Non è possibile essere ingiusti con riferimento ai propri beni. Così pure, vi è uno spazio limitato per la giustizia fra padri e figli; nella relazione tra due coniugi, invece, dove non esiste un reciproco riconoscimento d'inferiorità o superiorità, la giustizia ha un suo spazio, sebbene essa sia differente da quella — di natura politica — fra cittadini.

Benché Aristotele distingua fra tipi di giustizia attinenti alla distribuzione, compensazione e scambio, dal complesso delle sue teorie emerge che, in ogni situazione, la giustizia è una sorta di proporzione o relazione tra uomini liberi che reciprocamente riconoscono la dignità della persona. «Ciò che v'ha di essenziale in ogni specie di giustizia è pertanto questo elemento di *inter-subiettività*, o di corrispondenza nelle relazioni tra più individui» (4), che è divenuto noto con il termine latino di *alteritas*, cioè il considerare l'altro quale soggetto. La giustizia è dunque invocata in difesa dell'interesse dell'individuo, se necessario anche contro l'interesse sociale generale. «Così, ad esempio, chiunque non sia incorso in una violazione della legge, non può essere giustamente assoggettato ad una pena, anche in presenza di circostanze in cui questa risultasse congeniale all'interesse generale e al mantenimento dell'ordine pubblico». Ciò non significa che le istanze della giustizia siano assolute e debbano in ogni caso superare le istanze dell'interesse collettivo, ma semplicemente che «quale che sia tra le due, l'istanza che si ritenga debba prevalere in una situazione specifica, l'opposizione di principio rimane» (5).

L'altro elemento importante dell'idea di giustizia che emerge dal pensiero aristotelico è quello dell'uguaglianza. Questa non significa dare a ciascuno la stessa cosa. Se è resa giustizia, gli eguali risulteranno trattati allo stesso modo e gli ineguali in relazione alle differenze rilevanti. La giustizia richiede imparzialità, nel senso che eventuali discriminazioni fra individui devono esser fatte solo sulla base di fondamenti rilevanti. Questo imperativo di imparzialità pertiene unicamente a coloro i quali esplicano una funzione di autorità o tutela (6). Un giudice non deve favorire una delle parti in giudizio, per il fatto che questa sia ricca, o povera, ovvero moralmente buona o non buona. La giustizia gli impone di trattare tutte le parti come uguali dinanzi alla legge, nel senso che le uniche differenze che egli è tenuto a prendere in considerazione sono quelle che la legge gli chiede di riconoscere e delle quali, invero, deve tener conto nella formula-

(4) G. DEL VECCHIO, *La Giustizia*, Roma 1951, p. 58.

(5) D. D. RAPHAEL, *Problems of Political Philosophy*, 1970, p. 167-9.

(6) RAPHAEL, *op. cit.*, p. 178 ss.

zione del giudizio. Così pure, un genitore può essere ingiusto, se favorisce uno dei figli senza motivazioni rilevanti che giustifichino la discriminazione. Ma una persona che favorisca gli amici rispetto ad estranei, in fatto di ospitalità, non sarebbe per ciò ingiusto, dato che nella sua condotta non ha il dovere della imparzialità.

Ogni volta che, esistendo un obbligo d'imparzialità, persone sono trattate in modo differente, vi è *prima facie* ingiustizia, a meno che la discriminazione non possa essere giustificata. Il problema si articola quindi nei seguenti termini: «Quand'è che individui o situazioni sono 'simili nell'essenza', in un senso che giustifica il loro assoggettamento ad una stessa regola, differente da quella applicata ad altri individui e situazioni?» (7). Il problema del giustificare classi di uguali è stato uno dei temi predominanti nelle discussioni sulla giustizia fino ai nostri giorni. Aristotele stesso riconobbe la difficoltà del decidere quando gli uomini siano eguali e quando diseguali. Può, ad esempio, accadere che coloro i quali sono più ricchi ritengano, per questo, di essere superiori in tutto, mentre l'eguaglianza dovrebbe esser piuttosto misurata sulla base dei meriti. Tradizionalmente, la funzione della giustizia è stata vista — per usare il linguaggio dei giuristi romani — nel *summum cuique tribuere* (D. I. I. 10 pr.).

'A ciascuno il suo'.

Qualsiasi tentativo di valutare i meriti di una persona, in generale, incontra una duplice difficoltà: cioè la conoscenza e la valutazione. Il compito è semplice quando si voglia accertare una qualità con riferimento ad un solo criterio. Per stabilire chi, fra due persone, sia in grado di correre più velocemente, basterà osservare chi sia stato il primo a tagliare il nastro del traguardo. Le qualità fisiche però sono più facilmente misurabili di quanto non siano le capacità intellettuali, e queste ultime, a loro volta, possono essere stimate con maggior precisione delle qualità spirituali. Per quanto in profondità si indaghi nelle qualità di un individuo, rimarrà una parte che sfugge ad ogni indagine: mai riusciremo a conoscere l'uomo intero.

(7) J. STONE, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 327.

Quand'anche raccogliessimo un gran numero di dati sulle molteplici qualità di un individuo, non avremmo in mano i mezzi per una congrua valutazione comparativa delle sue qualità. Trovandoci a dover stabilire l'idoneità per un determinato lavoro, possiamo senz'altro disporre in un qualche ordine le qualità attitudinali richieste e valutare il candidato su questa base; quando invece dovessimo valutare i meriti individuali in senso lato, non ritroveremo un ordine di priorità oggettiva in grado di determinare quale peso attribuire all'una o all'altra delle qualità specifiche. Qualsiasi tentativo di classificare gli individui in base al loro valore totale è necessariamente arbitrario, in contrasto, quindi, con quell'aspetto della giustizia che richiede oggettività e assenza di pregiudizi. Una determinazione oggettiva del valore dell'essere umano potrebbe forse raggiungersi dopo la morte, ma la fragilità umana ne preclude il conseguimento in questo mondo.

Occorre quindi contentarsi di criteri che permettano una misurazione. Così, la distribuzione può essere attuata sulla base del principio « a ciascuno secondo il proprio lavoro ». Questo criterio tiene conto solo dei risultati, trascurando la quantità di sforzo che la produzione di quei risultati ha implicato. È il criterio adottato nella determinazione dei livelli dei salari oppure dei titoli di studio.

Alternativamente, le distribuzioni possono esser fatte secondo il principio « a ciascuno secondo i suoi bisogni ». Questa formula non tiene conto della produttività, prescrive un trattamento simile per coloro i cui bisogni essenziali siano gli stessi. La formula « tenta soprattutto di ridurre le sofferenze derivanti dall'impossibilità, in cui si trova un uomo, di soddisfare i propri bisogni essenziali »⁽⁸⁾ e, come tale, costituisce la base della recente legislazione sociale. Al fine di poter valutare i bisogni, evitando interferenze eccessive nella vita privata delle persone, occorre utilizzare criteri determinati, quali il carico familiare, lo stato di salute, l'età e simili: in pratica, criteri quantificabili.

(8) CH. PERELMAN, *The idea of justice and the problem of argument* (tr. J. Petrie), 1963, 8: cfr. ALF ROSS, *On Law and Justice*, 1958, p. 269 ss. [Per la trad. it. dell'opera cit. di A. Ross cfr. *Diritto e giustizia* (intr. e tr. di G. Gavazzi), Torino 1965, p. 339 ss.].

Un altro criterio di giustizia è illustrato da casi in cui le parti siano in una particolare relazione (ad esempio tra padre e figlio), da cui ciascuna può derivare certe pretese nei confronti dell'altra. « Le pretese possono essere indipendenti sia dal merito che dal bisogno; non sarebbe equo che un padre diseredasse il proprio figlio, anche quando quest'ultimo non fosse in una situazione di bisogno, sarebbe equo, all'opposto, che il padre gli lasciasse dei beni in eredità anche quando questi non abbia contribuito a crearli, come ad esempio, nel caso che gli studi del figlio siano stati appena completati » (9).

Nonostante le differenze esistenti tra i vari criteri adottati, queste nozioni di giustizia hanno, come mostra Perelman, un elemento formale comune. Un criterio stabilisce che si tenga conto del merito, richiedendo che persone di merito eguale siano trattate in modo eguale; un altro criterio richiede un trattamento uguale per persone che abbiano gli stessi bisogni; un terzo richiede che si trattino in modo uguale persone d'una stessa posizione sociale, e così via. « Tutti i criteri suggeriscono che essere giusti significa riservare lo stesso trattamento a individui che, sotto un qualche punto di vista, sono uguali » (10); individui, quindi, i quali possiedono una caratteristica comune che, ai fini dell'attuazione della giustizia, costituisce l'unico elemento rilevante.

Supponiamo, comunque, un caso in cui si voglia tener conto, simultaneamente, di più di una caratteristica (11). Un datore di lavoro di tendenze umanitarie potrebbe voler fissare i livelli salariali dei propri dipendenti, riferendoli sia al tipo di lavoro da essi svolto sia ai loro bisogni. Potrebbe avere due dipendenti che svolgono le stesse mansioni, uno dei quali celibe, l'altro coniugato, con famiglia numerosa. Ebbene, se il datore di lavoro retribuisce entrambi allo stesso modo, vi è ingiustizia nel senso che due persone i cui bisogni individuali sono affatto differenti vengono trattati in maniera uguale. Se il padre di famiglia per-

(9) A. M. HONORÉ, *Social Justice*, in *Essays in Legal Philosophy* (ed. SUMMERS), 1968, p. 66.

(10) *op. cit.*, p. 16.

(11) PERELMAN, *op. cit.*, p. 30 ss.

cepisce una retribuzione più alta di quella dell'altro, vi è ancora ingiustizia per il fatto che due persone, le quali appartengono alla stessa categoria secondo il criterio del lavoro, vengono trattate differentemente. E tuttavia, il convincimento che la giustizia richiede l'applicazione di vari criteri è molto forte.

Sembrano esistere solo tre vie alla soluzione del dilemma. La prima consiste nel dare priorità ad una delle caratteristiche essenziali, a discapito delle altre. È questa la soluzione adottata nel caso in cui vi sia da attribuire un limitato numero di benefici, e necessità amministrative richiedano che i beneficiari debbano essere identificati sulla base di alcune caratteristiche particolari. Così, nelle forze armate, certi obblighi e certe agevolazioni sono riservati esclusivamente a coloro che appartengono ad un determinato grado. Similmente, nell'ambito della vita accademica, certe facilitazioni — come, ad esempio, il prestito dei libri della biblioteca universitaria — possono essere riservate ai soli laureati.

La seconda possibilità è quella di creare una formula, comprendente diverse variabili, che tenga conto contestualmente di più criteri di giustizia. Il razionamento di cibo attuato durante l'ultimo conflitto mondiale offre un esempio di formula complessa, inizialmente basata sull'idea del minimo essenziale per tutti: « a ciascuno la stessa cosa ». I bisogni speciali di gruppi particolari — bambini, anziani o malati — dovettero tuttavia essere incorporati nel sistema in accordo al criterio « a ciascuno secondo i propri bisogni ». In alcuni paesi furono assegnate razioni supplementari anche a certe categorie di lavoratori, e ciò, non solo perché i loro bisogni erano maggiori, ma anche per il fatto che il lavoro da loro svolto aveva un'importanza cruciale nello sforzo bellico: venne così inserito il criterio: « a ciascuno secondo il proprio lavoro ».

Nel caso precedentemente citato, (dei salari da assegnare a due lavoratori che svolgono lo stesso lavoro, e i cui bisogni sono diversi), la soluzione delle contraddizioni nell'applicazione dei criteri di lavoro e di bisogno viene, nella pratica, trovata in una formula raggiunta attraverso la cooperazione tra Stato e datore di lavoro. Le retribuzioni lorde che il datore corrisponde a ciascun dipendente sono le stesse: tuttavia, gli oneri deducibili dal

reddito complessivo sono diversi. Nel caso di un lavoratore gravato da un maggiore carico familiare, la retribuzione al netto viene ad essere superiore rispetto a quella di un celibe.

Quando privilegiare un criterio a discapito degli altri appare insoddisfacente, ed è impossibile comporli tutti in una formula, l'unica alternativa per affrontare i criteri confliggenti è il ricorso a una terza possibilità: l'equità. Ciò implica una qualche forma di compromesso che ridurrà le differenze degli effetti derivanti dall'applicazione di un criterio oppure dell'altro. Nella *Retorica*, Aristotele descrisse l'equità come la giustizia al di là della legge scritta. Il legislatore saggio riconosce che non si possono formulare leggi suscettibili di essere rigorosamente applicate a tutte le situazioni di fatto, e riconosce pertanto che ai giudici deve essere concesso un certo grado di discrezionalità, per temperare il rigore della regola. Ritorneremo ad occuparci della funzione dell'equità nel prossimo capitolo ⁽¹²⁾.

Giustizia sociale.

Alcuni aspetti della nozione aristotelica della giustizia (soprattutto di quella « correttiva » e dell'attività di mercato nello scambio di beni e servizi), tende a mantenere o ripristinare le posizioni preesistenti dei soggetti a cui si applica. La giustizia legale, trattando ognuno come eguale dinanzi alla legge, non fa molto per ristabilire le ineguaglianze di fatto. « Le situazioni di fatto, a prescindere da ciò che può fare la legge, sono sempre uguali. Un trattamento eguale da parte della legge, operante su tali ineguaglianze effettive — di potere, talento e fortuna personale — avrebbe spesso l'esito di consacrarle, se non addirittura di accrescerle » ⁽¹³⁾. Come afferma un cinico detto di Anatole France, « la giustizia esiste per dare a ciascuno il suo: al ricco la sua ricchezza, al povero la sua povertà ». Si può invocare la giustizia per preservare lo *status quo*, ma solo sul fondamento che le relazioni fra i membri della società sono per quanto possibile ragionevolmente eque. La giustizia può anche operare come

⁽¹²⁾ *infra*, p. 136.

⁽¹³⁾ J. STONE, *op. cit.*, p. 334.

principio riformatore, sottoponendo a critica la distribuzione esistente di benefici e oneri. Questi ultimi devono essere assegnati secondo i meriti individuali, e i meriti saranno fissati in accordo agli ideali sociali prevalenti. La giustizia sociale richiede che la struttura già esistente della società sia misurata in riferimento a quegli ideali.

La questione principale, in tema di giustizia distributiva, riguarda ciò che deve essere distribuito. San Tommaso sostenne che, per il fatto che ciò che appartiene al tutto è dovuto alla parte, l'individuo, in quanto parte della comunità, dovrebbe ricevere quella frazione del *bonum commune* che gli spetta ⁽¹⁴⁾. I tomisti moderni ritengono che per bene comune sia da intendersi « il prodotto totale della vita della comunità ». « Il risultato è che cibo, vestiario, alloggio, mezzi di comunicazione, informazione, assistenza agli ammalati, scuola e istruzione, insieme a molti altri tipi di beni di consumo, sono adesso accessibili al popolo, ossia al « tutto sociale » ». Il concetto della *iustitia distributiva* significherebbe che tutti questi beni sono ripartiti e distribuiti in modo eguale a tutti i membri della comunità » ⁽¹⁵⁾.

Il moderno concetto di giustizia sociale è che ciascun membro della comunità, in virtù del semplice fatto di appartenervi, ha diritto a che si provveda, da parte degli altri membri, non solo alle necessità essenziali della sua vita, ma anche a tutti i vantaggi e prospettive « considerati comunemente desiderabili e che, in effetti, conducono al benessere umano » ⁽¹⁶⁾. Oggi si accetta generalmente il principio che tutti i membri di una comunità hanno *prima facie* diritto di essere trattati in modo eguale, e che non esistono accettabili elementi giustificativi di una distinzione fra le loro pretese ai beni materiali o ad altri vantaggi. I vantaggi non possono essere classificati concretamente in termini definitivi. È « impossibile esaurientemente individuare tutto ciò che è contenuto nel 'bene' dell'uomo, in ragione di cui l'uomo esiste: il quale bene l'individuo avrebbe dovuto realizzare nella

⁽¹⁴⁾ *Summa Theologiae*, IIa. IIae. 61. 2.

⁽¹⁵⁾ J. PIEPER, *Justice*, 1957, p. 87. [Über die Gerechtigkeit, München 1954²; trad. it. *Sulla giustizia* (tr. E. Morselli), Brescia 1956, p. 88 ss.].

⁽¹⁶⁾ HONORÉ, *op. cit.*, p. 82.

sua vita perché di lui si dicesse che tutte le sue potenzialità erano state realizzate » (17). Il principio di giustizia sociale ha quindi due aspetti. In primo luogo, esso richiede un eguagliamento della condizione umana per quanto attiene ai presupposti materiali di una buona forma di vita, e pari opportunità di lavoro e di godimento, nella misura in cui le capacità individuali lo permettono. In secondo luogo, richiede il rispetto del principio generale della non discriminazione, al fine di evitare che le distribuzioni attuate in accordo al primo aspetto non vengano ad essere successivamente vanificate.

Si accettano tuttavia alcune eccezioni al principio di non discriminazione (18). Sono innanzitutto giustificate discriminazioni a favore di gruppi di persone che si trovino in condizioni particolari di bisogno. In questi casi si adotta la discriminazione per rimediare agli svantaggi di costoro in rapporto al resto della comunità. Invero, se si ritiene che il principio di giustizia sociale debba contemplare alcune ridistribuzioni ed egualizzazioni delle risorse materiali, occorre che persone con speciali necessità siano trattate in modo speciale. Perciò, sarebbero giustificate spese, superiori alla media, per gli stadi iniziali dell'istruzione primaria dei bambini provenienti da famiglie di immigrati, in modo che la loro conoscenza della lingua inglese possa raggiungere livelli adeguati; infatti, solo in tal caso essi potranno usufruire delle opportunità d'istruzione esistenti nel paese.

Così pure, la discriminazione è giustificata sulla base di meriti speciali. Un tipo di lavoro che rivesta particolare valore per la comunità è ricompensato in modo speciale. La designazione all'ufficio tiene conto della qualificazione delle persone. Non è sempre facile definire con esattezza una tale qualificazione, ma sorge ingiustizia quando l'assunzione venga fatta su basi diverse dai requisiti pertinenti all'ufficio. Tali designazioni implicano la scelta d'un candidato rispetto agli altri, ma la scelta deve essere quanto più possibile basata su considerazioni obiettive, relative al lavoro in questione, piuttosto che ai fattori soggettivi con-

(17) PIEPER, *op. cit.*, p. 90.

(18) HONORÉ, *op. cit.*, p. 86 ss.; D. D. RAPHAEL, *Equality and Equity*, in 21 *Philosophy*, 1946, p. 118 ss.

nessi con i singoli candidati. Come osservò l'abate cistercense Aelred de Rievaulx: neppure Cristo pose il discepolo preferito, Giovanni, a capo della sua Chiesa ⁽¹⁹⁾.

Nessun livello (quantitativo) di giustizia sociale potrà fare di più che estendere e sviluppare le capacità dei cittadini fino ai limiti massimi, comunque essi si configurino. Ciò perché, anche partendo da mezzi iniziali uguali e da uguali opportunità di lavoro e di godimento, alcune persone lavoreranno più intensamente, acquisiranno di più e godranno maggiormente rispetto ad altre. Inoltre, la comunità può preferire alla giustizia sociale un valore alternativo: ad esempio, l'utilità sociale. Può desiderare di mantenere una distribuzione ineguale delle risorse esistenti, così da produrre maggiore prosperità economica per il futuro, e quindi incrementare il prodotto nazionale lordo e creare un maggior numero di risorse disponibili per la distribuzione. Comunque, la giustizia sociale impone, quanto meno, che coloro i quali intendono allontanarsi dai principi di non discriminazione, debbano giustificare simili eccezioni.

Tali giustificazioni si rifanno spesso alla nozione del 'bene comune'. E tuttavia, il bene comune non contiene alcuna scala di priorità in base a cui il valore di divergenza dal principio della non discriminazione possa essere misurato, in contrapposizione ai benefici risultanti dall'adesione ad esso. Espressioni quali 'bene comune' mascherano anche il fatto che benefici per un settore della comunità possono essere resi disponibili solo a costo di privarne altri ⁽²⁰⁾. Un livello minimo d'esistenza può essere assicurato al povero, solo a scapito di chi povero non è. Un piano per l'aumento dei limiti d'età relativi alla scuola dell'obbligo, può esser correlato alla riduzione dei capitali d'investimento nell'industria, così come possono esserlo l'aumento dei limiti d'età per la pensione agli anziani o l'incremento del servizio sanitario.

Negli ultimi due secoli, il parametro di riferimento — sulla base del quale sono stati giudicati orientamenti ed interventi

⁽¹⁹⁾ *De spirituali amicitia*, III. 4 (MIGNE, *Patrologia Latina*, 195, 697); cit. da PIEPER, *op. cit.*, p. 95 (trad. it. p. 103).

⁽²⁰⁾ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 1961, p. 162 ss. [trad. it. *Il concetto di diritto* (intr. e tr. di M. Cattaneo), Torino 1965, p. 198 ss.].

sociali — è stato offerto dall'utilitarismo. Alla base è il concetto della natura della società, espresso da David Hume nel *Treatise of Human Nature* (parte II, libro 3). L'uomo appartiene alla società a motivo dei vantaggi che ne trae. « Con la cooperazione delle forze il nostro potere è aumentato; con la divisione dei compiti la nostra società si accresce; con l'aiuto reciproco siamo meno esposti alla fortuna e alle avversità ». Come risultato, l'uomo nella società è « sotto ogni aspetto, più soddisfatto e felice di quanto, in una condizione selvaggia e solitaria, gli sia mai possibile diventare » (21). L'individuo si cura prevalentemente dei propri personali bisogni; non vi sono, però, disponibili beni sufficienti a soddisfare i suoi desideri. L'uomo deve affrontare « il concorso di certe qualità della mente umana e della situazione degli oggetti esterni. Le qualità della mente sono l'egoismo e la generosità limitata; e la situazione degli oggetti esterni è data dal loro facile scambio e dalla loro scarsità in comparazione ai bisogni e ai desideri degli uomini ». E tuttavia, se non fosse per il fatto che le esigenze dell'uomo superano le sue capacità di soddisfarle, le leggi non sarebbero necessarie. « Se gli uomini disponessero di ogni cosa in uguale abbondanza, o se ciascun uomo avesse per ciascun altro lo stesso affetto e le stesse cure premurose che ha per sé, la giustizia e l'ingiustizia sarebbero ugualmente sconosciute al genere umano » (22).

Una concezione della società fondamentalmente simile fu adottata da Jeremy Bentham. Egli ritenne che la misura del giusto e l'oggetto di ogni legge (Bentham tendeva ad evitare il termine 'giustizia') fosse « la maggiore felicità per il maggior numero » (23). Riguardo alla questione di chi dovesse decidere ciò che fosse in grado di condurre alla felicità del maggior numero dei membri della comunità, ritenne che si trattasse di una materia da lasciare alla scelta individuale. Enunciò la regola gene-

(21) [Trad. it. cit. p. 513]; cfr. D. D. RAPHAEL, *Hume and Adam Smith on Justice and Utility*, in *Proc. Aristotelian Soc.*, 1973, p. 87.

(22) [Trad. it., p. 522-523].

(23) *Fragment on Government* (1776), ed. Harrison, 1948, Preface, sec. 2; questa espressione fu introdotta nella lingua inglese da Francis Hutcheson, in *Inquiry into our ideas of Beauty and Virtue*, (1725), III. 8.

rale secondo cui « agli individui deve esser lasciata la più ampia libertà d'azione per tutti i casi in cui essi non possano arrecar danno se non a se stessi, in quanto ciascuno è il miglior giudice dei propri interessi » (24). Pertanto, le decisioni in grado di produrre le migliori conseguenze per il maggior numero avrebbero dovuto essere espresse dal voto della maggioranza.

Nel nostro secolo, la dottrina utilitaristica è stata applicata specificamente alla sfera giuridica dal filosofo del diritto americano Roscoe Pound. Nel suo *Social Control through Law*, egli ha scritto:

« Tutti noi abbiamo una molteplicità di esigenze che cerchiamo di soddisfare. Gli uomini sono tanti, ma la terra è una sola. I desideri di ciascuno sono in continuo conflitto, ovvero si sovrappongono a quelli dei vicini. Talché esiste, per così dire, un vasto impegno d'ingegneria sociale. Vi è l'impegno di costruire i beni dell'esistenza, i mezzi per soddisfare le esigenze e i desideri di uomini che convivono in una società politicamente organizzata; se non è possibile soddisfare tutte le istanze avanzate dagli uomini, si cerca quanto meno di avvicinarsi il più possibile. Questo è quanto significhiamo, dicendo che scopo della legge è la giustizia ... Intendiamo questi mezzi — quali l'aggiustamento delle relazioni e l'ordinamento della condotta in vista del conseguimento dei beni dell'esistenza — come i più idonei a soddisfare le pretese umane di possedere e fare cose, con il minimo attrito e spreco » (25).

Più oltre, Pound si espresse in modo più specifico:

« ... giungiamo all'idea di una soddisfazione massima di bisogni e aspettative umane. Ciò che occorre fare in materia di controllo sociale, e quindi nel diritto, è conciliare e contemperare quanto più possibile desideri, istanze

(24) *Theory of Legislation* (ed. OGDEN), 1931, p. 63.

(25) 1942, p. 64-65 citato da F. E. DOWRICK, *Justice according to the English Lawyers*, 1961, p. 136-137.

e aspettative, così da assicurare i termini più vasti della loro realizzabilità » (26).

Pound individuò e classificò una serie di interessi sociali, che è compito della legge tutelare e armonizzare. Li sistemò in un ordine di priorità, distinguendoli sia dagli interessi pubblici, come la proprietà dello Stato, sia da quelli privati. Il suo schema non offre però formule atte al contemperamento degli interessi dei gruppi sociali con quelli dei singoli.

Gli utilitaristi guardano all'utilità come a un principio su cui si fonda la giustizia sociale. In un periodo come il XIX secolo, in cui si teorizzò l'importanza del diritto del singolo ad avere una qualità di vita secondo i suoi desideri, la concezione della giustizia basata sull'utilità valeva quale criterio di valutazione sia del diritto sia delle riforme di legge proposte. L'influenza pratica delle teorie di Bentham fu enorme. Intorno alla metà del secolo, fu emanata una cospicua legislazione di carattere umanitario, come, ad esempio, leggi che limitavano l'impiego dei bambini nelle fabbriche e le leggi che miglioravano la procedura penale con l'abolizione delle forme di pena più brutali o la restrizione di fatto della pena capitale al solo reato di omicidio volontario. Furono poste in essere norme dirette ad ampliare l'obiettivo della libertà individuale, penalizzando il ricorso alla violenza nelle controversie di lavoro, tuttavia riconoscendo legittimità all'azione dei sindacati. Lo stesso ordinamento giudiziario subì modifiche radicali. Nel 1874, Henry Maine poteva scrivere: « Non conosco una sola riforma legislativa, dal tempo di Bentham, che non riveli traccia della sua influenza » (27).

D'altro lato, in un'epoca più collettivistica, che privilegia il conseguimento degli scopi della comunità, alcune deficienze del principio di utilità come base della giustizia sociale divengono evidenti. Il principio può, ad esempio, giustificare discriminazioni a favore di gruppi sociali particolari in ragione di criteri di merito o bisogno, perché le persone favorite sono ritenute di particolare utilità sociale, o — meno persuasivamente — rite-

(26) *Justice according to law*, 1951, p. 31.

(27) *Lectures on the Early History of Institutions*, 7ª ed., 1905, p. 397.

nendo che la collettività tragga, in generale, una felicità maggiore dalla consapevolezza che ci si curi di soddisfare i bisogni elementari dei meno fortunati. Un tale principio di utilità, d'altronde, non lascia spazio a ciò che è dovuto dai membri di una società ad ogni singolo come scopo in sé. « Ciò che la teoria utilitaristica trascura è l'idea che ogni essere umano ha diritti nei confronti dei propri simili, semplicemente in ragione della natura umana e della socialità ». In una democrazia, l'interesse della società significa interesse della maggioranza; una volta che questo si è stabilito, emerge una tendenza ad ignorare gli interessi delle minoranze o dei singoli individui. Interessi, questi ultimi, non sempre così forti da impedire il perseguimento dei fini della maggioranza. Ciò non vuol dire che un tipo di giustizia basata su premesse non utilitaristiche favorisca l'individuo più di quanto non faccia quella di tipo utilitarista; la giustizia sociale, come si è visto, si limita al soddisfacimento di certi bisogni fondamentali e alla salvaguardia delle aspettative. « Ciò che una concezione non utilitaristica richiede, lo richiede come dovuto all'individuo in quanto persona e non come tramite a beneficio futuro della società nel suo insieme » (28).

John Rawls (29), ha recentemente proposto una teoria della giustizia che collega la nozione di giustizia sociale a quella della libertà individuale. Anche se presentata come modello, la società da lui ipotizzata è di taglio evidentemente occidentale, liberale e democratico. Rawls ripropone l'idea del contratto sociale; concepito tuttavia in modo tale da non poter essere verosimilmente stipulato da nessun gruppo di uomini reali. Si immagina una società composta di uomini razionali, istruiti e disinteressati, ai quali è ignota (e per i quali in ogni caso non rappresenta un elemento rilevante) né la loro posizione sociale nella comunità, né le loro capacità, né le loro prospettive o fini personali nella società. Questi uomini riescono ad eliminare dalle loro considerazioni, non solo le situazioni accidentali relative alla distribuzione

(28) RAPHAEL, *Problems*, cit., n. 5, p. 197.

(29) *Theory of Justice*, Oxford 1972 [opera basata su articoli precedenti, specialmente *Justice as Fairness*, in 67 *Philosophical Review*, 1958, p. 164 ss. (articolo tradotto in it. con il tit. *Giustizia come equità* nel volume collettaneo *Le ragioni della giustizia*, in *Bibl. della libertà*, 66-67, Torino 1977, p. 25 ss.)].

dei talenti naturali, ma anche quelle relative alle circostanze sociali: situazioni che pongono gli uomini in contrasto tra di loro, facendo sì che siano guidati dai loro pregiudizi. Essendosi così liberati dall'influenza della classe cui appartengono, essi possono assicurare « che nessuno sia avvantaggiato nella scelta dei principi, ad esito della probabilità naturale, oppure della contingenza delle circostanze sociali » (pag. 12).

Tali ipotetici individui non sceglierebbero il principio utilitaristico della massimizzazione del benessere (sia che riguardi il benessere totale della collettività sia quello medio dei suoi componenti), in quanto tale principio potrebbe implicare che qualcuno tra essi potrebbe trovarsi svantaggiato a beneficio di altri. Certo, i principi di giustizia si applicano alle strutture basilari del sistema sociale e alla determinazione delle prospettive di vita, ma il principio di utilità impone che alcuni rinuncino a talune prospettive di vita migliore a vantaggio di altri. « Il principio di utilità è incompatibile con la concezione di una cooperazione sociale fra eguali per il reciproco vantaggio. Esso appare incoerente con l'idea della reciprocità implicita nella nozione di società ben ordinata » (pag. 14). Piuttosto, questi uomini razionali, nella « posizione originaria », converrebbero su due principi. Il primo — prioritario rispetto all'altro — per cui « ciascuno deve avere eguale diritto a godere del più esteso e totale sistema di eguali libertà fondamentali compatibile con un simile sistema di libertà per tutti ». Il secondo principio è quello per cui « ineguaglianze sociali ed economiche devono essere ordinate in modo tale da risultare: (a) del maggior beneficio ai meno privilegiati, coerentemente con il mero principio utilitaristico, e, (b) tali da coinvolgere uffici e posizioni aperte a tutti, sotto condizione di pari ed eque opportunità » (pag. 302).

Le libertà fondamentali implicite nel primo principio sono, « da un punto di vista generale, libertà politiche ... libertà di parola e di assemblea, libertà di coscienza e di pensiero; libertà della persona, compreso il diritto di proprietà, libertà da arresto arbitrario ». Il secondo principio « pertiene, in prima approssimazione, alla distribuzione del reddito e della ricchezza nonché all'individuazione di sistemi che utilizzino differenze in autorità e responsabilità e in relazioni di potere » (pag. 61).

I principi di giustizia offrono un criterio indipendente, sia per il procedimento con cui le leggi sono promulgate e applicate, sia per leggi e decisioni che sono il risultato di queste procedure. Una procedura giusta deve contenere la garanzia delle libertà fondamentali; perciò il primo principio, quello della libertà eguale — è particolarmente rilevante per la giustizia del procedimento. Il secondo principio attiene più particolarmente alle leggi stesse; « esso prescrive che iniziative di politica sociale ed economica siano dirette a massimizzare le aspettative a lungo termine dei meno avvantaggiati, sotto condizioni di equa parità di opportunità, restando fermo il mantenimento delle libertà eguali » (pag. 199).

Quindi, il sistema ipotizzato da Rawls, è al tempo stesso liberale, in quanto contempla una limitazione della libertà dell'individuo solo a vantaggio della libertà altrui, ed egualitario, in quanto giustifica le ineguaglianze solo se esse si risolvono in un vantaggio dei meno favoriti. Il primo principio, essendo prioritario rispetto al secondo, potrebbe, ad esempio, impedire qualsiasi limitazione della libertà di parola o di associazione, in vista di un piano per migliorare le condizioni del povero. Il secondo principio impedirebbe l'attuazione di una politica diretta a limitare lo sviluppo economico, sia al fine di contenere l'inflazione, sia per migliorare le condizioni ambientali, se i suoi effetti facessero sì che il povero, considerato in quanto individuo, risultasse meno avvantaggiato di quanto sarebbe, invece, con una politica alternativa. L'ingiustizia è data « semplicemente [dal]le ineguaglianze che non sono a beneficio di tutti » (pag. 62).

Rawls riconosce che le condizioni di una società potrebbero essere tali da non permettere l'effettivo esercizio delle libertà fondamentali, come ad esempio nel caso in cui la popolazione sia talmente povera, che la libertà d'assemblea o il diritto di proprietà risulterebbe del tutto privo di significato. Ammette che in tali situazioni le libertà fondamentali possano essere ristrette alle dimensioni necessarie per elevare il livello civile al punto in cui la libertà possa essere goduta da tutti (pagg. 150 e segg.). Una società vicina all'ideale di Rawls verrebbe ad essere una democrazia costituzionale, che garantirebbe uguali libertà fondamentali ad ogni cittadino, assicurandogli un minimo

di posizione sociale ed economica, e promuovendo un'eguaglianza di prospettive.

Le previsioni di Rawls, riguardo a ciò che deciderebbero uomini razionali, che si trovino in un vuoto sociale e culturale, possono essere criticate in quanto sottintendono il tipo di società che egli pensa dovrebbero scegliere. È possibile proporre altre concezioni di razionalità alternative; a nostro giudizio, tuttavia, la teoria di Rawls offre la spiegazione più soddisfacente del valore della giustizia nella società occidentale fin qui avanzata. Di particolare interesse per i giuristi è l'insistenza di questa dottrina sul punto della istituzionalizzazione di una procedura equa. Non viene ideata alcuna formula di distribuzione dei beni sociali fra individui o gruppi nella comunità. Nel pensiero di Rawls la giustizia sociale è conseguita — piuttosto — nella misura in cui le regole di una prassi istituzionale siano conformi ai principi di questa. Una prassi è giusta se soddisfa tali principi meglio di qualsiasi altra possibile; lo è, ad esempio, se assicura a tutti una eguale possibilità di accedere a posizioni di vantaggio. Quanto più prassi di questo genere si espandono in seno alla società, tanto più il senso della giustizia di esse si diffonderà fra i consociati, sì da servire a costoro quale criterio di decisione per stabilire se una prassi sociale debba essere preferita ad un'altra.

Amministrazione giusta della legge.

Nel considerare l'applicazione della giustizia attraverso la legge possiamo, in primo luogo, distinguere tra procedura legislativa e la legge in sé. La giustizia interna del sistema giuridico va contrapposta alla critica esterna delle norme giuridiche, con riferimento agli *standards* di giustizia. In questo paragrafo ci occuperemo solo della prima.

Si è visto come per giustizia formale, astratta da ogni criterio particolare, sia da intendersi il principio secondo cui, coloro i quali appartengono alla stessa categoria debbano essere trattati in modo eguale. Quando ci riferiamo alla 'amministrazione della giustizia', così come essa è regolata nelle leggi in materia, diamo per valide le norme sostanziali del sistema giuridico. Possono essere buone o cattive norme. In questo contesto ci interessa

analizzare il modo in cui sono applicate, relativamente al principio della giustizia formale, sulla base del criterio 'a ciascuno secondo il suo diritto'. È nostro intento, per ora, vedere se tali norme sono applicate con imparzialità a tutti coloro che rientrano nella previsione normativa.

Giustizia e discrezionalità.

La giustizia interna del sistema giuridico richiede che, indipendentemente dalle circostanze, le norme giuridiche siano applicate a tutti coloro i quali sono da ritenersi uguali in quanto partecipi delle caratteristiche rilevanti in base a cui le norme identificano i soggetti che ricadono entro la loro previsione⁽³⁰⁾. Ciò è di particolare importanza nell'applicazione del diritto penale. Ad esempio, per una corretta applicazione delle norme sul furto occorre che le forze dell'ordine agiscano con la medesima determinazione nell'arresto delle persone sospette, e che la procedura per l'accertamento dei fatti dimostri, ogni volta, identico rigore. Nessun fattore personale dovrebbe esser preso in considerazione fino alla condanna definitiva. Sola considerazione rilevante è l'esistenza di prove indicanti che il soggetto in questione ha commesso il furto. In questa materia, tuttavia, non è stato possibile, come vedremo, eliminare la discrezionalità.

La polizia inglese esercita un potere discrezionale in base al quale può decidere chi, tra coloro che hanno commesso reati, deve esser sottoposto a processo e chi no⁽³¹⁾. L'autorità di polizia può scegliere discrezionalmente chi perseguire; nel caso di una pluralità di reati commessi da una stessa persona, l'autorità ha potere di decidere per quali reati procedere penalmente. L'esistenza di questo potere discrezionale è motivata da una serie di ragioni. Alcune ipotesi di reato sono definite in termini così ampi, da rendere non conveniente iniziare l'azione penale per ogni caso che — letteralmente — ricada nella previsione. D'altro canto, si può dire che, proprio l'esistenza di un potere discrezionale

⁽³⁰⁾ HART, *op. cit.*, p. 151.

⁽³¹⁾ Cfr. H. M. G. CONCANNON, *Justice and discretion in the Criminal Law*, in *Law Society's Gazette*, 1971, pp. 269-272 e 335-7; cfr. A. F. WILCOX, *The Decision to Prosecute*, 1972.

incoraggi la prassi — già di per sé difficilmente giustificabile — di definire i reati in termini ampi. E ancora, certi fatti sono considerati troppo futili per giustificare le spese di un processo penale, oppure, sebbene rientrino nella definizione di un reato, non rappresentano un esempio del ' vizio ' che la legge intende combattere. Resta aperto il dubbio se le forze dell'ordine siano da considerarsi i giudici più appropriati in questa materia. In altri casi ancora, i costi e il dispendio delle ore lavorative della polizia, impiegate nell'acquisire prove sufficienti per una condanna, possono apparire non giustificate, considerandole istanze confliggenti rispetto ai mezzi di cui dispone la polizia. Ancora, in certi casi, le forze dell'ordine possono non volere iniziare l'azione penale, avendo ottenuto dall'accusato una confessione in grado di agevolare la ricerca di criminali più pericolosi.

Che la discrezionalità della polizia non sia illimitata fu dimostrato dal caso *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn* ⁽³²⁾. In quel caso, le scelte operate dalla polizia, di non applicare il *Gaming Act* del 1963 contro i proprietari di bische che violavano l'*Act*, furono impugnate con successo (anche se, al riguardo, non fu emanato alcun ordine, dato che nel frattempo il commissario aveva cambiato linea). In quel caso si trattava della prassi consolidata di non procedere in una determinata classe di casi: più difficile è impugnare un tale potere discrezionale quando si tratta di casi individuali. Malgrado che la polizia, nell'esercitare la propria discrezionalità, sembri seguire scelte ben definite, le sue linee d'azione non sono pubblicamente note. Di conseguenza, il suo modo d'agire in questo campo appare arbitrario e, per ciò stesso, ingiusto. È vero che esistono ragioni che giustificano l'esercizio del potere discrezionale nel promuovere i processi penali; non è tuttavia necessario che sia proprio la polizia ad esercitarlo. In Scozia, le decisioni in materia sono di competenza del pubblico ministero, ossia di funzionari pubblici reclutati nell'ambito della professione legale, indipendenti dalla polizia e soggetti alle direttive del *Lord Advocate*, il quale è membro del governo. Questo meccanismo, che non sembra pregiudicare l'efficacia delle forze di polizia scozzesi, presenta ovvî van-

(32) [1968] 2 W.L.R. p. 893.

taggi dal punto di vista della giustizia interna del sistema giuridico.

Un potere discrezionale — di carattere alquanto diverso — esiste anche allo stadio dell'emanazione della sentenza nel processo penale, dove esso agisce come mezzo per il raggiungimento di un compromesso fra differenti criteri di giustizia. Occorre che il giudice proporzioni la pena alla gravità del reato (una forma del criterio 'a ciascuno secondo le sue azioni'), ma che anche tenga conto della personalità dell'imputato e, soprattutto, valuti fino a che punto possa egli rispondere positivamente a un tipo particolare di misura correttiva, come la « *probation* » (una forma del criterio 'a ciascuno secondo i suoi bisogni'). Allo stesso tempo, il giudice deve tener presente l'eventualità che l'accusato commetta ulteriori reati, e, quindi, la necessità di proteggere la società. E ancora, il giudice deve tener conto dell'effetto che la pubblicità del caso è suscettibile di avere all'esterno, della misura in cui la pena che sarà inflitta costituirà un deterrente per altri: in altre parole, l'utilità sociale della sentenza.

Nei reati più gravi, le circostanze di specie variano in modo così consistente da caso a caso, che la gamma delle pene applicabili da parte della corte variano da una piccola ammenda all'ergastolo (33). Questi reati sono normalmente giudicati in presenza di una giuria, dinanzi a giudici togati, i quali hanno in comune non solo un'uguale formazione di educazione giuridica, ma anche una medesima estrazione socio-culturale, che può però differire radicalmente da quella degli imputati (34). I giudici togati attribuiscono molto valore e sono assai sensibili alle indicazioni di politica criminale espresse dai giudici in grado di appello. Essi quindi tendono ad irrogare sanzioni di pari misura per casi analoghi.

Nei reati meno gravi in genere la pena consiste quasi sempre in un'ammenda che, in Inghilterra, viene comminata dai giudici di pace. Le difformità quanto all'ammontare delle ammende inflitte per uno stesso tipo di infrazione non sono viste di buon occhio: difatti esse appaiono essere frutto di pregiudizi personali

(33) R. CROSS, *The English Sentencing System*, 1971, p. 129 ss.

(34) *The Judiciary*, Report of a JUSTICE Sub-Committee, 1972, p. 32 ss.

dei giudici, piuttosto che la conseguenza di differenti reali circostanze di specie. Di qui, la tendenza a disciplinare la materia mediante « tariffari di infrazioni » e a comminare ammende uguali per tutti i casi in cui sia stata accertata un'infrazione, in assenza di aspetti di vera eccezionalità.

Le tesi in favore dei « tariffari » di cui si è detto si rifanno, per un verso, alla specificità delle infrazioni stesse e, per un altro, alla natura della corte. Innanzitutto, le infrazioni tendono ad avere carattere omogeneo, scarso biasimo sociale, e l'ammenda viene ad essere considerata poco più di una tassa. In secondo luogo, la corte che decide è formata da tre giudici di pace scelti a sorte da una vasta rosa di nomi, comprendente elementi di estrazione sociale la più varia. La presenza in udienza di un giudice o di un altro è del tutto fortuita. L'entità delle pene pecuniarie per infrazioni minori alle norme sulla circolazione stradale non dovrebbe, chiaramente, dipendere dallo stato d'animo del giudice che presiede l'udienza in un dato giorno. Per questo, i giudici di pace hanno l'abitudine di riunirsi periodicamente in commissioni, competenti ciascuna per un solo distretto, per le infrazioni cui si applica il « tariffario ». Per prassi, ci si rifà ai valori dei tariffari già in vigore ogniqualvolta ci si ritrovi di fronte a casi che configurano quel genere di infrazione, a meno che i giudici di pace che presenziano all'udienza non ritengano che esistono dei motivi speciali per ridurli o aumentarli.

Da un altro canto, può obiettarsi che tale approccio non tiene nel dovuto conto eventuali differenze fra casi di una stessa specie. Se fosse così, il sistema delle tariffe sarebbe da considerarsi fonte d'ingiustizia, per il fatto che tratterebbe in modo uguale casi diseguali. Può essere che, ad esempio, in due casi distinti, le circostanze specifiche dell'infrazione possano apparire uguali, pur non essendolo di fatto, in quanto esistono sostanziali differenze nel grado di colpevolezza dei responsabili dell'infrazione. Un automobilista che, pur essendo pratico della zona in cui si trova, parcheggia deliberatamente la propria auto in prossimità di un passaggio pedonale solo perché è troppo pigro per cercare un altro posto libero, sembrerebbe meritare una pena maggiore di quanto non meriti un visitatore occasionale che, avendo notato uno spazio libero tra una colonna di auto in sosta, parcheg-

gia la propria, senza rendersi conto di essere troppo vicino ad un passaggio pedonale. Di più, le circostanze in cui il trasgressore agisce possono variare notevolmente da caso a caso, anche rispetto allo stesso tipo di infrazione. Potrebbe essere rilevante tener conto del *curriculum* dell'automobilista. I recidivi di infrazioni al codice della strada subiscono, di solito, ammende più elevate di quelle indicate sui tariffari. Vi è un consenso minore, tuttavia, ad ammettere che automobilisti con molti anni di guida all'attivo, senza aver mai commesso infrazione, meritino, quando vi incorrano, una pena minore di quella prevista dal tariffario. Altro fattore rilevante, nella determinazione delle pene pecuniarie, può essere quello delle condizioni finanziarie del trasgressore. La convinzione, molto diffusa, che chi dispone di un'automobile sia benestante, non corrisponde alla realtà di oggi; per cui, pene pecuniarie eguali non si risolvono in un trattamento eguale per persone di diverse condizioni finanziarie. La sezione 31 del *Magistrates' Courts Act* del 1952 prevede che i giudici di pace debbano avere riguardo ai mezzi finanziari delle persone nei cui confronti si procede, ove tali mezzi siano noti alla corte o possano essere da essa presunti. Il problema posto da tali reati illustra le difficoltà che si presentano allorché si cerchi di escludere dalla discrezionalità gli elementi di arbitrio, al tempo stesso rispettando le rilevanti differenze delle singole circostanze di specie.

Giustizia naturale e procedura equa.

La giustizia nell'applicazione del diritto esige anche il riconoscimento di certi principi di *fairness* nel processo. Alcuni di questi principi hanno finito per essere noti nel loro insieme come principi di giustizia naturale (*natural justice*) ⁽³⁵⁾. Essi riguardano il modo in cui dovrebbe procedere chiunque esercita la funzione giudiziale, in tribunale o in altra sede; nel caso in cui tali principi siano violati, il procedimento dovrà essere annullato.

Il primo principio di giustizia naturale prescrive che nessuno possa essere giudice in una propria causa (*nemo iudex in causa*

⁽³⁵⁾ S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^a ed., 1973, 134 ss., 215 ss.; H. H. MARSHALL, *Natural Justice*, 1959, capitolo 1; P. JACKSON, *Natural Justice*, 1973.

sua). Procedimenti ove esista un sia pur minimo interesse personale da parte del giudice sono inficiati dal sospetto di imparzialità. Così, la Camera dei Lords annullò un'ordinanza dello stesso *Lord Chancellor*, con la motivazione che questi aveva un interesse economico in una società che era parte nel processo ⁽³⁶⁾. Così pure, la decisione di un giudice di pace fu annullata in quanto, al momento in cui i giudici di pace si erano ritirati in camera di consiglio, era presente il segretario (*Clerk to the Justices*) il quale — in quanto *solicitor* — era interessato all'esito del giudizio. Fu in quella occasione che il *Lord Chief Justice* Hewart fece un'osservazione, spesso citata: « È della massima importanza, non solo che giustizia sia resa nei fatti, ma che anche ciò appaia in modo evidente ed univoco » ⁽³⁷⁾.

Il secondo principio di giustizia naturale è quello per cui, a ciascuna delle parti debba esser data un'adeguata possibilità di presentare il proprio caso. Ciò richiede che ciascuno abbia notizia dei procedimenti e di qualsiasi imputazione a suo carico, in tempo utile per la formulazione della difesa, e che a ciascuno sia data la possibilità di presentarla in modi appropriati. Uno dei primi esempi dell'uso del termine 'giustizia naturale' nell'ambito della procedura giudiziaria è documentato nel giudizio espresso dal *Lord Chief Justice* Pratt nel caso *R. v. University of Cambridge* nel 1723. Si tratta del caso in cui la Corte del *King's Bench* reintegrò il noto Dr. Bentley nel titolo di *Doctor of Divinity*, da cui era stato sospeso dal tribunale dell'Università (*University vice-Chancellor's Court*) con procedura non corretta, in quanto al Dr. Bentley non fu assicurato il diritto alla difesa. Il *Chief Justice* espresse questa opinione: « questa Corte lo riabiliterà, se egli è stato processato e degradato senza essere sentito, essendo ciò contrario alla giustizia naturale » ⁽³⁸⁾.

Nel 1932, il *Committee on Ministers' Powers* propose due ulteriori principi di giustizia naturale ⁽³⁹⁾. Secondo il primo principio, in processi sia ordinari sia amministrativi, entrambe le

⁽³⁶⁾ *Dimes v. Grand Junction Canal Proprietors* (1852) 3 H.L. Cas. 759.

⁽³⁷⁾ *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256 at 259.

⁽³⁸⁾ 2 Lord Raymond 1334 at 1347.

⁽³⁹⁾ Cmd. 4060, p. 80 ss.

parti avevano il diritto di conoscere le ragioni delle decisioni. Secondo l'altro principio, nel caso vi fosse stata un'inchiesta pubblica in un procedimento dinanzi ad un ispettore (la cui relazione al ministro competente sarebbe stata utilizzabile come guida orientativa alla decisione di quest'ultimo), la relazione avrebbe dovuto essere resa nota alle parti. Nessuno dei due principi è stato mai ritenuto di universale applicazione a tutti i processi di carattere giudiziario, malgrado che successive riforme abbiano fatto qualche passo verso la loro attuazione ⁽⁴⁰⁾. Il *Tribunals and Inquiries Act* del 1958 [sect. 12 (1)] prescrive che siano rese note alle parti le ragioni delle decisioni, qualora esse lo richiedano, sia « all'atto della comunicazione o notificazione delle decisioni, sia in tempo anteriore »; così pure, i tribunali dichiararono che vi « dovrà essere una sufficiente motivazione ... e le ragioni dovranno non solo essere intelligibili, ma dovranno anche trattare i punti sostanziali sollevati » ⁽⁴¹⁾.

I principi di giustizia naturale sono stati discussi soprattutto nel contesto del controllo giudiziale di organi giurisdizionali diversi dalle corti ordinarie, ossia quelli amministrativi o ecclesiastici, ordini professionali, organizzazioni sindacali, organi di governo di associazioni private e simili. I giudici si son mostrati riluttanti a costringere tutti questi organismi all'adozione di procedure proprie delle corti ordinarie. Come disse il giudice scozzese Lord Aitchison — in occasione del caso *M'Donald v. Burns* — perché le corti giungano ad annullare un procedimento, « la allegata irregolarità non deve riguardare la mera forma o la deviazione da una norma regolatrice, ma deve toccare l'onestà e l'integrità del procedimento posto in discussione » ⁽⁴²⁾.

Nei tribunali prevalgono criteri alquanto differenti. Nelle corti superiori le parti hanno diritto ad un giudizio motivato. Infatti un giudice scozzese è obbligato a dare per iscritto le ragioni della sua decisione ⁽⁴³⁾. Si è proposto di recente che tale

⁽⁴⁰⁾ B. SCHWARTZ - H. W. R. WADE, *Legal Control of Government*, 1972, p. 155 ss.

⁽⁴¹⁾ *Re Poyser & Mills' Arbitration* [1964] 2 Q.B. 467 at 478, per Megaw J.

⁽⁴²⁾ 1940 s.c. 376 at 384.

⁽⁴³⁾ *Sheriff Courts (Scotland) Act*, 1907, Schedule 1, Rule 82.

prassi venga estesa, in Inghilterra, ai giudici di pace (44). Il fatto che non ci si può attendere dalle giurie una motivazione sui verdetti viene da alcuni ritenuto motivo valido per la loro abolizione. Louis Blom-Cooper ha scritto: «L'esposizione delle motivazioni del giudizio costituisce la quintessenza della giustizia. All'interno delle democrazie moderne si fa strada la crescente convinzione che, chi è sottoposto a giudizio, abbia il diritto di conoscere come si è giunti alla sua formulazione ... È inevitabile che una giuria composta da dodici menti diverse non possa sperare di elaborare una decisione ragionata ... nessuna riforma che non pervenga all'abolizione della giuria potrà, pertanto, porre rimedio a questo fondamentale difetto » (45).

L'operato del giudice, anche quando non è viziato da pregiudizi, può determinare l'annullamento di un processo. Una decisione di una corte di prima istanza fu, in un'occasione, annullata dalla Corte d'Appello, in quanto il giudice, nel corso del dibattimento, aveva interferito troppo frequentemente, sia con consigli alle parti, sia nell'esame dei testimoni. Il giudice Denning fece rilevare che, in un sistema processuale basato sull'*adversary system*, funzione del giudice è quella di ascoltare e fissare i punti sollevati dalle parti, rilevando: «La migliore giustizia è quella di un giudice che assicuri l'equilibrio tra le parti contendenti, evitando di entrare egli stesso nella discussione » (46).

Nei processi penali la giustizia richiede che la procedura sia tale da contemperare gli interessi della società nel suo insieme a quelli dell'imputato. Gran parte del *case-law* relativo all'interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti da parte della Corte Suprema verte sul problema della ricerca di quell'equilibrio. Il Quinto Emendamento prescrive, tra l'altro, che nessuna persona «sarà costretta, in nessun processo penale, a testimoniare contro sé stessa, né sarà privata della vita, libertà o proprietà, senza le garanzie di un processo equo»; il Sesto Emendamento specifica che, «in ogni procedimento penale, l'accusato

(44) *Memorandum on the Law and Practice on Appeals from the Criminal Jurisdiction of Magistrates*, da *The Law Society*, 1971; cf. A.J.B. in 28 *The Magistrate*, 1972, 19.

(45) *The Times*, 10 July, 1972.

(46) *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 at 63.

godrà del diritto ad un rapido e pubblico processo, con una giuria imparziale dello Stato e distretto entro cui il reato risulterà essere stato commesso ... ed essere informato della natura e del capo d'imputazione; esser messo a confronto con i testi d'accusa; avere diritto alla produzione di testimoni in suo favore; avere, infine, l'assistenza di un legale ».

Questo stesso problema ha recentemente costituito oggetto di pubblico dibattito in Inghilterra, a seguito della pubblicazione, nel 1972, dell'undicesimo rapporto redatto dal *Criminal Law Revision Committee* (47). La commissione diede per scontato che, nel contesto dei processi penali, il termine equità « dovrebbe significare che la legge deve esser tale da assicurare, per quanto possibile, che l'esito del processo sia giusto. Il che equivale a dire che l'accusato dovrebbe esser condannato soltanto nel caso le prove dimostrino, al di là di ogni ragionevole dubbio, che egli è colpevole » (pag. 15). A questo fine, il meccanismo dei procedimenti penali dovrebbe essere tale da assicurare che si producano dinanzi alla corte il maggior numero di prove rilevanti in quanto dirette a verificare l'esistenza o la non esistenza di ciascuno dei fatti da cui dipende l'innocenza o la colpevolezza. Pur tuttavia, non tutte le prove rilevanti sono ammissibili.

Alcune prove sono escluse perché la loro ammissione sarebbe troppo pregiudizievole all'accusato. Costituiscono un esempio le prove dei precedenti penali dell'accusato, che rivelino una sua predisposizione a reati dello stesso tipo di quello per cui è stato incriminato. Prove siffatte, che pure sono evidentemente rilevanti, rischierebbero d'influenzare indebitamente i giudici, i quali finirebbero per non dare il peso dovuto alle prove relative al fatto per cui l'imputato è incriminato. Un'altra prova inammissibile, in quanto di per sé inattendibile, è la testimonianza dei minori. Una confessione resa dall'accusato, illegalmente ottenuta con minaccia o estorsione, è esclusa per le stesse ragioni, oltre che per disincentivare il ricorso a mezzi impropri per l'acquisizione delle prove. Ci interesseremo di questo aspetto del problema in seguito, nel contesto della violazione dei diritti della

(47) Cmnd. 4991.

privacy ⁽⁴⁸⁾. Infine, l'esclusione di certe prove può essere giustificata da ragioni superiori di politica criminale. Ad esempio, è su questa base che non si ammettono come prove le comunicazioni dell'imputato al proprio avvocato, fatte nell'intento di ottenerne il patrocinio. Non v'ha dubbio che, qualora il difensore fosse ammesso a testimoniare su quanto riferitogli dal suo difeso, la prova potrebbe essere particolarmente rilevante; tuttavia, è un ovvio postulato di qualsiasi procedimento equo, che le parti abbiano la possibilità di parlare liberamente per ottenere l'assistenza legale.

Il *Committee* considerò che, nelle condizioni della vita moderna, alcune di queste norme di esclusione non sono più giustificate, e riferì sui fattori che, a suo giudizio, hanno contribuito a modificare l'atmosfera dei procedimenti penali (pagg. 10-12). Fra questi, la facilità di ottenere il legale patrocinio da parte degli accusati, ed in particolare il miglioramento delle qualità dei giurati e dei giudici di pace, essendosi elevato il livello della formazione professionale, le maggiori possibilità di ricorso in appello contro un verdetto di colpevolezza e, soprattutto, l'emergere di una classe di professionisti del crimine, pronti a cogliere al volo i vantaggi di ogni minima formalità procedurale suscettibile di offrir loro occasione di assoluzione, per gravi che possano essere i capi di accusa a loro carico.

La commissione dichiarò che norme rigide e formali sulle prove « possono essere state necessarie nell'intento di fornire all'accusato una sia pur minima protezione, anche se inadeguata, dall'ingiustizia », ma che, oramai, esse « sono divenute un ostacolo, più che un aiuto, per la giustizia ». Riferì anche, in senso lato, sulla « sensazione abbastanza diffusa, all'interno del comitato e fuori, che il diritto delle prove (*law of evidence*) dovrebbe, oggi, essere meno tenero nei confronti dei criminali in genere » (pag. 12) ⁽⁴⁹⁾.

Le proposte specifiche del *Committee* comprendono varie modifiche radicali in materia di prove penali. La prima proposta

⁽⁴⁸⁾ *infra*, p. 278 ss., e p. 279.

⁽⁴⁹⁾ Per una critica della tesi secondo cui molti criminali sfuggono di fatto alla condanna come conseguenza della normativa vigente, cfr. S. McCABE - R. PURVES, *The Jury at Work*, Blackwell Occasional Paper, 4, 1972.

vorrebbe modificare il cosiddetto diritto al silenzio, in modo da far sì che, nel corso del processo, sia possibile trarre elementi di prova qualora l'accusato, durante l'interrogatorio della polizia, abbia taciuto determinati fatti rilevanti. Il risultato sarebbe quello di «imporre alla persona sospettata il dovere di rispondere alle domande, anche durante il periodo di custodia preventiva» (pag. 33). L'applicazione di una proposta di questo tipo, mentre non forzerebbe l'accusato ad addurre prove nel corso del processo, darebbe facoltà ai giudici di chiamare l'accusato a deporre — nei casi essi lo ritengano necessario — e considerare un eventuale rifiuto come elemento di corroborazione delle prove a suo carico. Un'altra proposta della commissione è quella di attenuare il rigore delle norme sulla inammissibilità delle confessioni rese dall'accusato. Resterebbe fermo il fatto che, qualsiasi confessione estorta con mezzi oppressivi sarebbe esclusa in tutti i casi; per quanto attiene a minacce e estorsioni, invece, l'esclusione si limiterebbe ai casi in cui esse apparissero suscettibili «di conferire inattendibilità a qualsiasi confessione resa dall'accusato in conseguenza delle stesse» (pag. 212). Vennero inoltre suggerite sostanziali modifiche alla normativa riguardante le deposizioni del coniuge dell'accusato. In base ad esse, questi diverrebbe testimone ammissibile in qualsiasi procedimento in cui non sia egli stesso un correo e, comunque, può rifiutarsi di testimoniare fatta eccezione per casi particolari.

La commissione avanzò una serie di proposte d'ordine tecnico giuridico, dirette a semplificare la normativa sulle prove e dirimere alcune questioni controverse. In particolare, esse riformulerebbero le norme che restringono l'ammissibilità della '*hearsay evidence*' (*de auditu*), allineando la normativa del processo penale a quella del processo civile (regolato dal *Civil Evidence Act* del 1968). È difficile non riconoscere che molte fra queste ultime proposte fanno progredire la procedura dal punto di vista della giustizia, rendendo le norme più certe e riducendo le possibilità di contestare le prove su basi meramente tecniche.

Il valore delle proposte più radicali è più discutibile. Incontrerà certo consensi la critica, mossa dai membri del comitato, all'abitudine di «considerare il processo penale come una sorta di gioco da condursi, secondo regole fisse, tra l'accusa e la difesa»

(pag. 15). Le più importanti modifiche suggerite, comunque, nascono dalla convinzione che 'la condanna del colpevole sia nell'interesse della collettività, quanto lo è l'assoluzione dell'innocente' (pag. 16). Per la società, è evidentemente importante che il colpevole venga condannato, e il comitato non propone alcuna modifica in ordine agli *standards* delle prove di colpevolezza previsti dalla procedura giudiziaria. Pure, a tutt'oggi, si ritiene che l'assoluzione dell'innocente sia *più* importante di quanto non lo sia la condanna del colpevole ⁽⁵⁰⁾. Il rischio di ridurre le garanzie processuali è quello di una riduzione di queste per tutti gli imputati. La normativa verrebbe ad essere modificata, sia per persone incapaci ed inidonee accusate di infrazioni minori, senza difesa legale, sia per professionisti del crimine, i quali possono pagarsi i migliori avvocati. Le norme proposte faciliterebbero, senza dubbio, i procedimenti contro quest'ultimo tipo di imputati. Al tempo stesso, esse ridurrebbero la tutela della classe più numerosa di persone del primo tipo, le quali, avendo scarsa dimestichezza con l'atmosfera dei tribunali, restano presumibilmente sgomente di fronte al processo e sono molto più disposte ad assentire a qualsiasi cosa venga loro suggerita da chi incarna l'autorità. Il caso di un uomo che, avendo commesso un reato A venisse condannato e punito per aver commesso un reato B — del quale è innocente — ci troverebbe propensi a definire questa una giustizia fantasiosa; né gradiremmo, che un tale esito possa avere origine nella giustizia legale. Una procedura giusta richiede non solo che i colpevoli siano condannati, ma anche che lo siano a seguito del riconoscimento definitivo della loro colpevolezza.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Lord Reid in *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1968] 2 All E.R. 356 at 366; cfr. *infra*, p. 186.

LEGGE GIUSTA E DECISIONE GIUSTA

In questo capitolo ci occuperemo della 'giustizia' della legge piuttosto che delle procedure con cui viene applicata. Può accadere che la legge sia ingiusta, e la procedura della sua applicazione sia corretta, o viceversa. Non sarebbe quindi assurdo parlare di 'giusta' applicazione di una legge ingiusta. Comunque — ammessa l'esistenza di una procedura equa — quali sono le condizioni per cui il diritto sostanziale può produrre risultati che siano giusti, nel senso che casi simili sono trattati allo stesso modo e casi sostanzialmente differenti in modo diverso? Innanzitutto analizzeremo situazioni in cui la norma risulti ingiusta in sé, per essere basata su un principio ingiusto; passeremo poi ad altre situazioni in cui, pur essendo la norma ineccepibile, l'ingiustizia deriva dalla sua applicazione a specifiche categorie di fatti. Nel primo caso, è la norma stessa che viene ad essere considerata ingiusta; nel successivo, la norma in sé appare giusta, e l'ingiustizia emerge nello stadio della decisione, potendo anche dipendere, come vedremo, dal fatto che la norma sia stata formulata in termini troppo ampî ovvero troppo ristretti.

La giustizia della norma.

Due esempi oggi molto discussi in Gran Bretagna valgono ad illustrare una situazione in cui il fondamento stesso di un complesso di norme ha finito per apparire ingiusto.

Una sfera del diritto che si tende a criticare sempre più è quella relativa ai risarcimenti per lesioni personali e danni conseguenti ad infortuni. Questo settore del diritto è basato sul principio della colpa. Il diritto dell'attore al risarcimento è subordinato

nato alla prova della responsabilità del convenuto. L'attore di solito — a meno che non sia in grado di dimostrare che, nella situazione che provocò il danno, sussistesse per il convenuto il dovere di diligenza (« *duty of care* ») nei suoi confronti, e che tale dovere sia stato violato — non può ottenere il risarcimento dei danni. I giudici, pur avendo, nel tempo, ampliato l'ambito del dovere di diligenza hanno tenuto fermo il principio di fondo che non vi è responsabilità senza colpa (*no liability without fault*). La legge contempla un numero limitato di casi di responsabilità oggettiva in cui il convenuto deve risarcire colui che ha subito il danno a causa di una sua qualche attività pericolosa in sé, anche quando questa sia stata compiuta con la dovuta attenzione; tali casi sono, comunque, eccezionali.

Aristotele concepiva la riparazione del danno come una forma di giustizia correttiva, che ristabilisce una situazione di equilibrio fra le parti, alterata dall'atto illecito di una di esse. In una società non industrializzata, l'individuo può subire danni o in conseguenza di un qualche evento a lui imputabile, o di un evento naturale quale fulmini o inondazioni (definiti, significativamente « atti di Dio »), oppure come risultato di evento imputabile a terzi. Solo nell'ultimo caso, la giustizia correttiva accorda un risarcimento a carico di altri. Quando la situazione patrimoniale di un individuo venga turbata, per intervento proprio o per « mano di Dio », non può dirsi vi sia stata ingiustizia. Difatti, essere ingiusti verso se stessi è impossibile, né è possibile attendersi da Dio giustizia intesa in senso umano. Come disse il teologo Paul Tillich: « Dio non è vincolato alla proporzione stabilita tra merito e ricompensa ... la giustizia divina può persino apparire una mera ingiustizia » (1).

Al contrario, in una società industrializzata, l'individuo è esposto alla possibilità di danni conseguenti a fatti la cui dinamica esula dalle sue capacità di controllo: fatti che, pur non avendo origine naturale, non sono imputabili a nessuno in modo specifico. È stato sostenuto che i casi di questo tipo debbano ritenersi analoghi agli eventi naturali. Secondo i sostenitori di

(1) *Love, Power and Justice*, 1954, p. 66.

questa tesi è puramente occasionale che causa del danno sia un evento naturale o un processo industriale, e, siccome a nessuno può essere imputata la colpa, la vittima non può essere risarcita. Il caso *Dunne v. N. W. Gas Board* ⁽²⁾ riguarda una esplosione di gas che provocò parecchi feriti. Causa dell'esplosione fu una perdita d'acqua da una conduttura principale che erose il terreno su cui poggiava una conduttura del gas, sicché questa si ruppe, determinando la fuoriuscita di gas che s'infiammò. La *Court of Appeal* respinse l'azione di risarcimento intentata dalle vittime poiché non era stata fornita la prova di una colpa né a carico della società che erogava il gas, né a carico dell'impresa che aveva installato le strutture idrauliche.

È una convinzione diffusa, che sia ingiusto non ammettere una qualche forma di risarcimento per questo tipo di situazioni. Considerare gli incidenti tecnici derivanti dall'esercizio di attività d'impresa, da un punto di vista giuridico, come eventi naturali, equivale a trattare casi differenti come simili. Si è sostenuto, con argomentazioni convincenti, che «una soddisfacente regolamentazione potrebbe essere sviluppata dai tribunali, anche in tempi molto brevi: purché, in ogni caso, si sostituisse l'attuale criterio ('per colpa di chi si verificò questo danno?') con un altro ('a rischio di chi, potrebbe verificarsi questo danno?') ⁽³⁾. Il principio del rischio è fondato sulla tesi secondo cui, nella società contemporanea, danni personali e patrimoniali sono inevitabili, ed è possibile assicurarsi per i danni a persone o cose, oppure per la responsabilità nascente dall'obbligo del risarcimento. Gli imprenditori industriali, di fatto, si assicurano per la responsabilità da infortuni, e scaricano il costo dei premi assicurativi sul consumatore, mediante l'aumento del livello di costi o prezzi.

Il concetto di distribuzione del rischio si basa sul principio che si debbano risarcire danni quali, ad esempio, quelli causati dalla utilizzazione di automobili o di forniture del gas; e che, pertanto, debba esistere il dovere di una assicurazione sufficiente

⁽²⁾ [1964] 2 Q.B. 806.

⁽³⁾ J. A. JOLOWICZ, *Liability for Accidents*, in [1968], *Cambridge L. J.* p. 60.

a coprire, a prezzo di mercato, il costo di danni eventuali. Un modo alternativo d'intervenire sul problema è quello della distribuzione dei danni (4). Così, tutti i membri della società dovrebbero essere chiamati a condividere gli oneri di danni accidentali secondo la capacità contributiva di ciascuno, mediante un sistema simile a quello degli oneri fiscali. I danni conseguenti agli incidenti tecnici che avvengono nel mondo del lavoro e della produzione industriale sono considerati simili, in questa ottica, ai danni conseguenti ad eventi naturali (non più ritenuti atti di Dio, nel senso di essere diretti alla vittima). Sistemi di distribuzione dei danni — quali il sistema della previdenza sociale — si sono dimostrati più efficaci dei sistemi di colpa combinata con l'assicurazione, dato che i loro costi di amministrazione sono risultati comparativamente più bassi, anche se i loro livelli d'indennizzo sono risultati molto più bassi. Un sistema di questo tipo non dovrebbe essere finanziato integralmente attraverso un sistema di fiscalizzazione degli oneri, dato che dovrebbe essere tenuta salva l'esigenza sociale di una limitazione di alcune attività. Ad esempio, considerata la percentuale degli incidenti stradali in relazione alla totalità di incidenti d'ogni tipo, sarebbe opportuno creare un'imposta sugli automobilisti, la cui entità potrebbe essere fissata dal governo in rapporto alla politica di incentivazione o meno della motorizzazione.

Un piano organico della distribuzione dei danni, che sostituisca il sistema attuale, dovrebbe includere metodi di determinazione dei danni stessi, in termini monetari più precisi di quelli fin qui adottati dai giudici inglesi. Il risarcimento per i danni causati da illeciti civili dovrebbe esser tale da reintegrare la posizione originale della vittima. In caso di lesioni personali, il principio non è facilmente applicabile; difatti, non è concepibile un corrispettivo in denaro per lesioni di natura fisica, e un eventuale risarcimento — commisurato a danni di questo tipo — assumerebbe la forma di un «forfait», stabilito in previsione di casi futuri imprevedibili. I tribunali hanno, finora, fatto una distinzione fra i danni non patrimoniali — come dolore e soffe-

(4) P. S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, 1970, p. 534-8 e p. 598-9.

renze, perdita di piaceri della vita o aspettative — e quelli patrimoniali come le perdite di profitto. Va da sé che i risarcimenti commisurati a primi sono, inevitabilmente, meno quantificabili di quelli relativi ai secondi. I tribunali non sono, comunque, riusciti a fissare criteri soddisfacenti per la liquidazione dei danni morali; per quanto attiene a quelli patrimoniali, rapportabili a corrispettivi monetari, preferiscono ricorrere al metodo molto sbrigativo di una semplice moltiplicazione, (così, ad esempio, per un periodo di dieci anni, risarcimenti dieci volte maggiori di quelli previsti per un anno), invece di adottare più sofisticati metodi attuariali di calcolo che, pure, sono oggi accessibili ⁽⁵⁾. Sembra che i giudici abbiano considerato più importante l'equiparazione dei risarcimenti in casi di tipo analogo, piuttosto che la liquidazione del danno in rapporto alla specificità di ogni singolo caso.

Riprenderemo il tema degli indennizzi per infortuni nel capitolo seguente, dove considereremo la materia dal punto di vista del responsabile.

Un altro settore del diritto, in cui i principi su cui si basa la normativa appaiono ingiusti, è quello riguardante i beni dei coniugi. Come abbiamo già rilevato, l'istituto del matrimonio resta, per molti dei suoi aspetti, al di fuori dell'area della legge, e tuttavia, la questione relativa ai rapporti patrimoniali deve essere definita in termini giuridici. All'inizio del XIX secolo, di norma, i beni della moglie passavano al marito all'atto del matrimonio, fino a quando — a causa della pressione esercitata dal movimento di liberazione della donna — fu introdotto il principio della separazione dei beni, in base a cui una donna sposata gode e dispone dei propri beni come se non fosse coniugata. Ciascuno dei due coniugi conserva la proprietà dei beni acquistati anteriormente al matrimonio come di quelli acquisiti in epoca successiva. Tale criterio appare adeguato alle rare situazioni in cui i coniugi dispongono entrambi di beni cospicui; non si è mai dimostrato, invece, adatto alla situazione normale, in cui nessuno dei due dispone di capitali consistenti, e il principale reddito è quello del marito. Il principio della separazione

⁽⁵⁾ *Law Commission Working Paper*, 41, 1971, p. 9 ss.; *Report on Personal Injury Litigation: Assessment of Damages* (Law Com. 56), 1973.

dei beni ha avuto come conseguenza, in molti casi, che il marito tiene per sé il reddito personale e la moglie vive in posizione di soggezione economica. Eguaglianza teorica, che si è rivelata, al lato pratico, ingiustizia.

È vero che, fino a che il matrimonio è stabile, importa poco chi sia il proprietario; la proprietà separata di ciascuno è considerata comune. La legge si è occupata soprattutto fin qui dei casi in cui il matrimonio cessa con la morte di uno dei coniugi o con il divorzio. Una vedova inglese, a favore della quale non sia stato provveduto adeguatamente per testamento, all'atto della morte del marito, può rivolgersi al tribunale perché le accordi, discrezionalmente, dei mezzi di sussistenza attinti dal patrimonio del marito defunto ⁽⁶⁾. Se il matrimonio arriva alla rottura, il tribunale ha ampi poteri di prendere provvedimenti relativi ai coniugi, ridistribuendo i loro beni ⁽⁷⁾. Il potere dei giudici di effettuare tale redistribuzione era, di fatto, maggiore nei casi di divorzio che nei casi di morte. « Per questa via, si è toccata l'ironia estrema: una donna divorziata è, dalla legge, meglio protetta di quanto non sia una vedova; tale è il prezzo delle riforme fatte a pezzi e bocconi! » ⁽⁸⁾. Tuttavia, l'obiezione di fondo che si muove alla legislazione vigente riguarda il carattere di discrezionalità del giudice, rispetto ai diritti delle parti, che priva molte mogli del senso di sicurezza di cui hanno bisogno e la cui mancanza costituisce, di per sé, motivo di controversia tra i coniugi fino a favorire il fallimento dell'unione. La legge non tiene nel dovuto conto la funzione svolta dalla moglie nell'ambito del matrimonio, con la cura della casa e dei figli, né riesce a tutelarla contro il marito che deliberatamente disponga dei propri beni in modo tale che la moglie, a conclusione del matrimonio, veda vanificata ogni sua pretesa. Come ha dichiarato la *Law Commission*: « In realtà, ciò che le donne van ripetendo, con un assenso notevole da parte maschile, è questo: ' Non ci soddisfa più un sistema

⁽⁶⁾ [*L'Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act, 1975*, ha equiparato i poteri del tribunale con riguardo ai casi della vedova e della donna divorziata].

⁽⁷⁾ *Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970*, *infra*, p. 135.

⁽⁸⁾ *Law Commission Working Paper, 42, 1971, 13; Report on Family Property: a New Approach* (Law Com. 52), 1973.

in cui i diritti della moglie nella famiglia dipendono dagli umori del marito e dalla discrezione di un giudice. Vogliamo precisi diritti di proprietà, non possibili benefici discrezionali! » (9).

Nonostante l'evidente iniquità della normativa vigente, non è molto chiaro quale sia il modo migliore per modificarla. Esiste un notevole consenso sul punto che marito e moglie dovrebbero godere, nell'ambito della famiglia, parità di vantaggi economici, indipendentemente dal titolo giuridico formale o dal contributo finanziario. Si auspica l'intervento legislativo a favore del coniuge superstite, basato sulla determinazione a suo favore di una quota dei beni del coniuge deceduto; un tale riconoscimento è già contemplato dal diritto scozzese. Il disaccordo soprattutto verte sul punto relativo alla introduzione di uno dei sistemi di comunione dei beni. Ne esistono vari tipi: la 'comunione piena' quando ciascuno dei coniugi ha la proprietà dei beni complessivi, acquisiti prima o durante il matrimonio; la comunione degli acquisti limitati a quelli effettuati durante il matrimonio, che pertanto accentua l'elemento di 'joint venture'; infine vi è la 'comunione differita'. In quest'ultimo tipo, ritenuto il migliore a causa della sua flessibilità, l'elemento di comunione è, di norma, differito alla fine del matrimonio; esso può tuttavia essere attivato in periodo anteriore, quando ciò sia necessario al fine di evitare pregiudizi all'uno o all'altro dei coniugi. Ciascuna delle alternative analizzate presenta aspetti negativi e, come afferma la *Law Commission*: « In definitiva, il punto principale su cui occorre decidere è questo: cioè, se la realizzazione dell'idea che il matrimonio è una società commerciale — con la divisione dei beni acquisiti durante il matrimonio, senza tener conto del contributo finanziario dei coniugi per il loro acquisto — possa condurre ad una giustizia più effettiva. Il problema non può eludersi con il pretesto che la formula della comunione di beni sia troppo complessa » (10).

In entrambi i casi analizzati, i mutamenti sociali hanno messo in luce l'ingiustizia del diritto vigente. Il carattere altamente

(9) *Working Paper*, cit., p. 14; per il diritto scozzese cfr. M. C. MESTON, *Justice in the Family*, in 43 *Aberdeen Univ. Rev.*, 1969, p. 95-104.

(10) *Working Paper*, cit., p. 310-II.

tecnologico, assunto gradatamente dalla vita moderna, e l'evoluzione nei convincimenti sociali hanno fatto emergere le contraddizioni della legge che, in questa sfera, viene a trattare come distinti dei casi che, di fatto, non contengono alcune differenze sostanziali e, per converso, considera come simili casi che, pure, sono fondamentalmente differenti. Chi subisce danni, imputabili a operazioni, servizi o attività di terzi, pretende, oggi, di essere risarcito. Nel corso degli ultimi quarant'anni è stato possibile ottenere il risarcimento solo nei casi di danno imputabile alla colpa di altri.

L'opinione pubblica non giudica più la presenza o l'assenza di colpa come una sufficiente ragione per distinguere fra le due situazioni, e chiede che il risarcimento sia attribuito comunque, indipendentemente dalla prova della colpa. Per quanto attiene ai beni dei coniugi, il diritto tratta i coniugi in maniera formalmente identica, malgrado che le circostanze della vita matrimoniale rendano le loro posizioni economiche del tutto distinte. Se la moglie ha diritto di ricevere 'ciò che le spetta', è compito della legge ristrutturare il sistema dei diritti di proprietà in modo da compensarla della sua posizione di debolezza relativa.

In ognuna delle situazioni considerate, le modifiche che appaiono necessarie sono troppo profonde per poter essere attuate con strumenti diversi da quelli legislativi. In tali casi occorre l'intervento di una legge che abroghi quella precedente, sostituendola con un nuovo corpo di norme, e disponendo in che modo queste norme devono essere applicate. Questo è compito esclusivo del legislatore. In primo luogo, in un sistema democratico una qualsiasi modifica radicale della legge dovrebbe essere attuata dai rappresentanti del popolo, che sono i più adatti a interpretarne le nuove esigenze. In secondo luogo, un tale mutamento non può essere effettuato in modo frammentario e — ad evitare ripercussioni non desiderate e non previste — occorre affrontarlo con una rigorosa e approfondita preparazione tecnica e un metodo sistematico. Tuttavia, può accadere che alcune norme sostanziali appaiano giuste e ragionevoli nella formulazione in termini generali, mentre la loro applicazione in particolari fattispecie produce risultati che appaiono ingiusti. A questo punto,

è il giudice, e non il legislatore, responsabile della giusta decisione. Prima di considerare il problema, dobbiamo far cenno di alcune limitazioni inerenti alla giusta applicazione della norma nel processo. Esse derivano, in parte, sia dal fatto che la legge è prima di tutto norma sia, in parte, dal carattere peculiare della procedura giudiziaria.

Limiti della giustizia secondo il diritto.

In primo luogo, come si è già visto nel secondo capitolo, carattere essenziale delle norme giuridiche deve essere la certezza. I cittadini dovrebbero essere in grado di prevedere gli effetti giuridici delle loro azioni od omissioni. Ciò esige norme chiare, coerentemente interpretate e non soggette a mutamenti troppo frequenti. È impossibile formulare una norma in termini da escludere la possibilità che l'applicazione di essa in un caso particolare possa risultare iniqua. E ciò esprime la massima *summum ius summa iniuria*. Ad esempio, è opportuno fissare limiti di età per il collocamento a riposo dei funzionari, dal momento che la maggior parte di essi non è più in grado, raggiunto quel certo limite d'età, di svolgere i compiti propri dell'ufficio con abilità e impegno adeguati. Nel caso di una persona che sia, nonostante l'età, ancora pienamente capace di svolgere i propri compiti, l'obbligo, per legge, del suo pensionamento può apparire ingiusto. Purtuttavia, è preferibile avere una regola generale valida per tutti piuttosto che non averne alcuna; solo così, infatti, è possibile evitare sgradevoli discriminazioni e decisioni ingiuste.

In secondo luogo, le norme giuridiche, per il fatto stesso che sono norme, devono possedere il carattere della generalità ⁽¹¹⁾. Nonostante ogni caso sia, sotto certi aspetti, unico, la legge non può trattarlo come situazione specifica, isolata dai casi analoghi. La legge prende in considerazione classi di casi basate su situazioni tipiche e ricorrenti. Le classi di persone cui una norma si indirizza, e il tipo di condotta i cui effetti giuridici essa disciplina, vengono identificati isolando particolari elementi di una situazione. Questi elementi diventano allora fatti giuridicamente

⁽¹¹⁾ Sir F. POLLOCK, *Jurisprudence and Legal Essays*, ed. GOODHART, 1961, p. 20 ss.

rilevanti; qualsiasi altro elemento viene ignorato, essendo irrilevante quanto all'applicazione della regola. Gran parte del lavoro di un avvocato impegnato in casi giudiziari consiste nella selezione, tra i fatti riferiti dal cliente, di quelli che sono rilevanti.

Il terzo limite riguarda il carattere stesso del processo, così com'è concepito. Si è visto nel capitolo precedente come le difficoltà legate all'accertamento di tutti i fattori inerenti alla posizione di un individuo e alla valutazione di tutto ciò che di lui è noto limitino la sfera d'applicazione della giustizia intesa secondo il principio « a ciascuno secondo i suoi meriti ». Questo limite è più restrittivo nel caso del processo. I mezzi di prova precostituiti dal diritto offrono alla conoscenza del giudice certi tipi di fatti piuttosto che altri. Essi riguardano il comportamento esteriore delle persone: ciò che hanno fatto, piuttosto che le ragioni e intenzioni soggettive. È vero che l'elemento soggettivo è essenziale per la sussistenza di certi reati più gravi come l'omicidio o il furto, ma di solito esso viene ricavato dalla condotta dell'imputato. I metodi giuridici sono chiaramente inadatti all'accertamento definitivo di quanto passa o sia passato nella mente di una persona; e tuttavia, nell'interesse della libertà personale e della dignità umana, non ci sentiamo di consentire l'uso di metodi che permettano l'acquisizione di prove più esaurienti.

La legge si preoccupa di regolare solo una sfera limitata della vita dell'uomo, in particolare quella concernente i conflitti d'interesse economico. Esistono, quindi, ampi spazi dell'esperienza umana, dove la legge interferisce solo marginalmente o per nulla. La dimensione artistica o religiosa dell'esistenza di un individuo, come pure gran parte della sua vita morale, non riguarda il diritto. Come Lord Deas, giudice della *Court of Session* di Scozia, affermò nel caso *McMillan v. Free Church of Scotland*:

« Questa corte è competente solo in materia di interessi civili e patrimoniali e delle loro conseguenze; pertanto, nel tutelare i diritti e risarcire i danni, rifiuta di andare oltre questi limiti ... Gli uomini possono consociarsi per innumerevoli scopi che si potrebbero — volendo — anche definire contratto o accordo; tuttavia, dell'inadempimento o adempimento di queste regole il diritto non si

occupa. Non interessa che gli scopi siano futili o serî, terreni o spirituali, scientifici o religiosi, se non coinvolgono diritti civili o patrimoniali » (12).

Escludendo deliberatamente gran parte dell'esperienza umana, il diritto è in grado di preservare il principio dell'eguaglianza di tutti davanti alla legge. Malgrado il variare delle situazioni particolari, la legge considera ciascun individuo uguale agli altri, con pari diritto di tutela e pari obbligo di osservare i suoi precetti.

I sistemi giuridici comunisti impongono alle parti in una controversia l'obbligo di produrre in giudizio tutti i fatti di causa che la hanno originata. Tali sistemi non considerano il diritto civile come diritto privato, finalizzato alla tutela degli interessi individuali. Talché danno al giudice il potere — nel pubblico interesse — di andare *ultra petita partium*, sia per quanto attiene all'ammissibilità delle prove nel corso del processo, sia nella determinazione dell'ammontare del risarcimento (13). I « principi della vita sociale » sono al di sopra degli interessi delle parti. I sistemi democratici, invece, considerano il processo quale strumento d'attuazione del diritto sostanziale, inteso come sistema di diritti soggettivi, diritti cioè che possono essere difesi, trasferiti o abbandonati, a seconda della volontà degli individui che ne sono titolari. Per conseguenza, ai giudici è preclusa ogni possibilità di prendere qualsiasi iniziativa al di là delle precise domande delle parti. Essi si limitano ai punti controversi e, di solito, non possono sollevare questioni che le parti stesse non abbiano loro sottoposto.

Inoltre, tutti i giudizi devono, ad un certo punto, essere definiti una volta per tutte. Per una causa, su cui già esista una decisione di prima istanza, e che non giunga in appello per decorrenza dei termini, la sentenza del tribunale inferiore diventa definitiva. Può accadere che, successivamente, giunga al tribunale di grado superiore un'altra causa che solleva la identica questione, e che questo stabilisca che la motivazione su cui era

(12) (1861) 23 D. 1314 at 1346.

(13) M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, 1969.

basata la precedente decisione fosse erronea. Ma, anche in questo caso, la sentenza emessa nel caso precedente resta cosa giudicata, nonostante che la decisione, ora, venga ad essere ritenuta 'erronea'. Se non fosse così, nessuno — pur avendo ottenuto una sentenza favorevole da un tribunale inferiore — potrebbe mai essere sicuro di aver vinto la causa.

Infine: è proprio della natura delle liti giudiziarie che una sola delle parti risulti vittoriosa nel giudizio. Così, nei fatti, un'obbligazione deve o essere adempiuta oppure no, un contratto si considera come adempiuto oppure no, una cosa come posseduta oppure no, un imputato come colpevole del reato ascrittogli oppure no, e così via. Come osservò David Hume, gli arbitri, al cui giudizio le parti si rimettono per intero, « di solito riscontrano tanta equità e giustizia nella posizione di entrambe le parti, da essere indotti a fare una media e dividere la differenza tra le parti stesse ». I giudici ordinari, invece, che « sono obbligati ad emettere una sentenza decisiva a favore di una sola delle parti, sono spesso perplessi sul come prendere la decisione, e sono costretti a procedere sulla base dei motivi più futili del mondo. Diritti ed obblighi per metà, che nella vita comune appaiono tanto naturali, nei loro tribunali sono complete assurdità; per la quale ragione i giudici si trovano spesso costretti a considerare dei semi-argomenti come fossero argomenti pieni, al fine di risolvere la questione in un modo o nell'altro » (14).

Un tale dilemma ('sì' o 'no') è caratteristico sia della procedura civile sia della procedura penale, e rende aleatorio il giudizio. Così, ad esempio, nell'eventualità in cui un bene, già venduto, venga accidentalmente distrutto prima della data fissata per la consegna all'acquirente, sia il diritto romano sia quello inglese prevedono che l'acquirente debba comunque pagarlo; il diritto tedesco prevede il contrario. Non esiste sistema giuridico che suddivida il danno accidentale tra le due parti incolpevoli: e ciò, malgrado che la parte su cui pesa il rischio del danno fortuito abbia, di solito, la possibilità di assicurarsi contro tale evenienza.

(14) *Treatise of Human Nature*, III, 6 [Trad. it. cit., pp. 562-563].

Il simbolismo della bilancia della giustizia esprime questo punto ⁽¹⁵⁾. Come dice Portia a Shylock: «Se la bilancia pende per il solo peso di un capello, morrai». Occorre notare, innanzi tutto, che la legge deve decidere in ordine ad una molteplicità di problemi, la cui natura non accetta compromessi. Come ebbe ad osservare Daube, il giudizio di Salomone nella risoluzione della disputa fra due madri — ciascuna delle quali rivendicava diritti di maternità su uno stesso bambino — esemplifica tale situazione ⁽¹⁶⁾. La sottigliezza dell'episodio consiste nel fatto che Salomone scopre quale sia la madre vera, proprio a prezzo di un compromesso impossibile, con la spartizione del bambino tra le due ricorrenti. Il compromesso è, in molti casi, attuabile, e tuttavia la legge non lo favorisce: e ciò perché esso rischia di oscurare la natura rigorosa di istituzioni giuridiche quali, ad esempio, quelle inerenti ai diritti di proprietà, che occorre preservare nell'interesse della certezza.

Effetto di questi fattori è l'inapplicabilità del diritto alle circostanze di ogni caso per vie attraverso le quali risulti una giustizia perfetta. Esistono, comunque, alcune modalità, per mezzo delle quali l'ingiustizia può essere limitata.

Adattamento della legge alle circostanze.

Il diritto si sviluppa con dinamicità ininterrotta, grazie alla sua applicazione a nuove categorie di fatti. Uno degli elementi cruciali di questo processo è il ricorso a configgenti analogie sulla base di casi precedenti. In tutti i sistemi giuridici, codificati o no, i giudici nell'interesse della giustizia sono di solito portati a decidere il caso pendente nella stessa maniera di casi analoghi già decisi. Nei sistemi di *common law*, un caso anteriore, costituisce un precedente quando i fatti rilevanti del primo sono essenzialmente simili a quelli del caso in discussione. Quando, al contrario, esistono evidenti disparità, la precedente decisione non è vincolante per i giudici, quale che sia stata l'interpretazione precedente del diritto per giungere alla decisione. L'indi-

⁽¹⁵⁾ D. DAUBE, *The scales of justice*, in *Jur. Rev.*, 1951, p. 109 ss.

⁽¹⁶⁾ *op. cit.*, p. 118; I *Libro dei Re*, 3. 16 ss.

viduazione delle similarità e delle diversità dei fatti rilevanti costituisce quindi il primo passo nel processo di sviluppo di una regola nel *common law* (17). Quando i giudici ampliano l'ambito di una norma, ignorano, cioè non considerano 'rilevante', un qualche fatto fino ad allora ritenuto tale da parte di altri giudici; invece restringono l'ambito di una regola, al momento in cui conferiscono importanza ad un qualche fatto già giudicato irrilevante.

Se la legge tenesse conto di un eccessivo numero di casi specifici, cesserebbe di essere un complesso organico di regole, e il processo giudiziale diverrebbe occasione di arbitrii. D'altro canto, se sopprimesse troppi tratti differenziali, nell'interesse del principio della generalità, creerebbe ingiustizia, perché casi sostanzialmente differenti verrebbero ad esser trattati allo stesso modo. Il diritto deve perseguire e reintegrare il proprio equilibrio. Alcuni sistemi giuridici progressisti contengono determinate tecniche per regolare dei casi in cui, per un motivo o per l'altro, l'applicazione di una norma prestabilita ad un particolare complesso di circostanze di specie, può produrre un risultato ingiusto.

Standards giuridici.

Una norma giuridica può, già in sé, avere i mezzi per adattare il proprio ambito di applicazione alle speciali circostanze di ciascun caso: ciò, quando essa incorpori elementi di riferimento ad uno *standard*. Così, una norma può prescrivere che, qualora una persona abbia agito in un modo non precisamente definibile, ma tuttavia descritto mediante riferimento ad uno *standard*, ne derivano determinate conseguenze giuridiche. In ciascun caso, è lasciato ai giudici decidere se, nelle particolari circostanze di specie, i fatti dimostrati facciano ricadere il caso entro l'ambito di un criterio generale oppure no. Roscoe Pound identificò tre caratteristiche comuni a tutti gli *standards*:

- 1) Essi implicano un certo giudizio morale sulla condotta ...
- 2) Non richiedono una esatta conoscenza giuridica, precisamente applicabile, ma rinviano al senso comune delle cose ...

(17) E. H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, 1949, p. 1 ss.

3) Non sono formulati in termini assoluti, e non si dà loro un contenuto esattamente definito, né in via legislativa, né in via giudiziaria; sono invece relativi ai tempi, luoghi e circostanze, e devono applicarsi con riferimento ai fatti del caso in esame (18).

L'applicazione di tali criteri generali si adatta specialmente a giudici laici o alle giurie. Il diritto romano classico faceva ricorso allo *iudex* per decidere le questioni nel giudizio civile. Tali questioni venivano determinate alla presenza del *praetor*; esse quindi erano trasposte nella *formula*, cioè nelle istruzioni date dal *praetor* allo *iudex*. Dal momento in cui i principali contratti commerciali — come la *emptio-venditio*, la *locatio*, la *societas* — divennero giuridicamente vincolanti, il contenuto delle obbligazioni da essi nascenti si considerava determinato secondo il principio di buona fede (*bona fides*). Da allora, nell'eventualità di una disputa relativa a contratti di questo tipo, la formula prescriveva allo *iudex* di condannare il convenuto al pagamento della somma che egli avesse ritenuto, « in base a criteri di *bona fides* », di imporre all'attore. La formula dava modo al giudice di ammettere tutti gli elementi, a carico o a difesa, che egli riteneva potessero in un modo o nell'altro influenzare la pretesa. I giuristi romani badarono a non attribuire una connotazione precisa a quelle parole, chiare solo in apparenza, ben sapendo che una qualsiasi interpretazione avrebbe finito per limitarne l'ambito e diminuirne il valore. Poiché l'opinione pubblica, riflessa nelle decisioni delle successive generazioni di *iudices*, giunse man mano a richiedere *standards* di condotta sempre più rigorosi per il mondo commerciale romano, il concetto di « quel che buona fede esige » divenne sempre più difficile.

Nel periodo post-classico, il sistema formulare fu sostituito dalla procedura della cosiddetta *cognitio*, che prevalse all'epoca di Giustiniano. L'intero giudizio aveva luogo dinanzi a un giudice professionale, le cui decisioni, a differenza da quelle formulate dallo *iudex* del periodo classico, erano suscettibili di revisione da

(18) *Introduction to the Philosophy of Law*, revd. ed., 1954, 58 [trad. it. *Introduzione alla filosofia del diritto*, a cura di G. Tarello, Firenze, 1963, p. 89-90, 210-211].

parte di corti d'appello. L'esempio che segue illustra il modo in cui tale svolta incise sull'applicazione dei criteri.

Facciamo il caso di un incendio che distrugga parte di un edificio prima del contratto di vendita, all'insaputa sia del venditore che dell'acquirente: il diritto deve decidere se la vendita sia da considerarsi valida oppure no. Al riguardo, i giuristi dell'era classica ritenevano che, se una parte consistente dell'edificio era rimasta in piedi — tanto che lo si potesse definire tale — anche il contratto sussisteva; in caso opposto, la vendita era nulla. Sia nell'un caso che nell'altro, i criteri di valutazione che portavano alla decisione finale, dipendevano dal buon senso e dall'esperienza del giudice. Come appare dal Digesto (18. 1. 57), comunque, la regola seguita in situazioni di questo tipo era quella in base alla quale il contratto si riteneva valido solo nel caso che fosse stata salvata la metà dell'edificio o più. Regola rigida, dunque, la cui applicazione meccanica rischiava di portare a risultati assurdi, e tale, tuttavia, da risultare bene accettata a giudici professionali inesperti, incerti nella formulazione dei giudizi alla ricerca costante di linee orientative e del consenso dei superiori.

Anche il diritto inglese ha fatto un largo uso di criteri interpretativi tipizzati. Li ritroviamo sia nelle norme di *common law* sia in disposizioni legislative. Nei giudizi civili, le giurie non sono oggi più in funzione, tranne nei casi di *defamation*; mentre nel corso del XIX secolo erano competenti per la definizione degli *standards* di normale diligenza. Il criterio più largamente impiegato è quello della ragionevolezza (*reasonableness*). Per i casi di illeciti civili, veniva chiesto alla giuria di considerare se un determinato atto compiuto dal convenuto fosse tale da poter essere imputato ad un uomo ragionevole (*reasonable man*): o se, al contrario, si dovesse ritenere che un uomo ragionevole non avrebbe mai potuto compierlo, perché in grado di prevederne le conseguenze. Per i casi di inadempimento contrattuale si richiedeva ai giurati di liquidare i danni secondo quanto potesse considerarsi ragionevole.

Oggi i giudici applicano il criterio della ragionevolezza, operando come avrebbero fatto le giurie, senza limitare le potenzialità del criterio con pronunce autoritative e, per ciò stesso, restrittive. Specie quando i giudici siedono nelle istanze di appello,

essi sono di fronte a un dilemma. Da un lato, devono fornire criteri guida per i casi futuri, attraverso l'individuazione degli elementi essenziali di cui occorre dare la prova al fine di far ricadere certe fattispecie nell'ambito di uno *standard*; dall'altro, essi sono però consapevoli che, agendo in tal modo, potrebbero ridurre sia la portata che il valore dello *standard*, come strumento di giustizia adatto al caso.

Il termine «ragionevole» ha svariate connotazioni⁽¹⁹⁾. Può significare proporzionato, in senso di appropriato alle circostanze, o può significare probabile. Non è ragionevole premunirsi contro un pericolo così infrequente da rendere irrisoria la probabilità di conseguenze dannose. La causa *Bolton v. Stone*⁽²⁰⁾ riguardava i seguenti fatti: un passante venne ferito da una palla da *cricket* lanciata accidentalmente sulla strada fuori del terreno di gioco; tuttavia, fu dimostrato che un evento di quel genere si era, in quel luogo, verificato con tale eccezionalità da non ritenersi ragionevole attendersi misure di sicurezza al riguardo. Il termine «ragionevole» può anche significare consuetudinario, oppure, ordinario; ma, malgrado si presuma che la pratica corrente sia ragionevole, la presunzione può essere vanificata e la pratica può dar prova di non essere ragionevole quando, ad esempio, si rivela pericolosa. Così si espresse Lord Reid, nel caso *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas*: «L'attore che chiede la condanna del responsabile, per la pericolosità di un metodo di lavorazione già da lungo tempo in uso presso un'impresa importante, si assume un grave onere di prova; se risulterà che egli ha ragione, ciò significherà che tutti, o virtualmente tutti, i vari dirigenti dell'impresa sono stati abitualmente negligenti verso i loro dipendenti»⁽²¹⁾.

La differenza fra l'applicazione degli *standards* attuata dalle giurie e quella attuata dai giudici consiste nel fatto che le pronunzie di questi ultimi su fatti specifici costituiscono i precedenti dei casi futuri: C. P. Harvey ha offerto un'immagine spaventosa

(19) R. POWELL, *The Unreasonableness of the Reasonable Man*, in 10 *Current Legal Problems*, 1957, p. 104 ss.

(20) [1951] A.C. 850.

(21) [1953] A.C. 180 at 192.

dell'uomo ragionevole, delineando le caratteristiche che gli venivano di solito attribuite:

« Quest'essere intollerabile, che domina ogni singolo capitolo della responsabilità civile (*law of torts*) e non disdegna d'immischiarsi in quello delle obbligazioni contrattuali, ha un suo modo di vivere tutt'affatto particolare. Mai legge un giornale quando cammina per strada, né scende dal marciapiedi senza prima guardare in tutte le direzioni; compie controlli periodici sulla pressione dei pneumatici della propria automobile; non lascia mai una lettera senza risposta per più di quarantott'ore; mai trascura di usare la maschera protettiva se lavora al tornio; prima di acquistare un biglietto ferroviario legge attentamente tutte le condizioni di trasporto contenute nei documenti di viaggio ... » (22).

Una norma di legge può contenere uno *standard*, e tuttavia lasciare ai giudici piena libertà di applicarlo nel modo che appaia loro appropriato oppure stabilire dei criteri guida per la sua applicazione. La norma che ha attribuito al giudice inglese il potere di pronunciare sentenze di divorzio per motivi di crudeltà non definisce la crudeltà (23). I giudici ritenevano che ciascuna fattispecie dovesse configurare due elementi: a) la condotta del coniuge colpevole; b) un pericolo per l'integrità mentale o fisica dell'altro coniuge, o un ragionevole timore di pericolo dell'altro coniuge correlato a tale condotta. Pertanto, per la legge, nessuna condotta può, di per sé stessa e indipendentemente dai suoi effetti sull'altro coniuge, essere ritenuta crudele. Accertato che la condotta di uno dei coniugi avesse costituito un pericolo per la salute dell'altro resta il problema di determinare la natura di questa condotta. Su tale argomento si è venuta a creare una gran mole di giurisprudenza. Nonostante la riluttanza dei giudici a classificare certe condotte « capaci » e altre « non capaci » di concretarsi in crudeltà, è stato ribadito

(22) *The Advocate's Devil*, 1958, p. 85.

(23) P. STEIN, *The moral element in legal cruelty*, in *Scots Law Times*, 1955,

che una forma di comportamento che abbia provocato danni alla salute di terzi non è di per sé crudele. Perché la si possa definire tale occorre la presenza di una qualità specifica; e per identificare detta qualità si considerò necessaria la formulazione di un giudizio morale, quel giudizio morale che Pound riconobbe come caratteristica di tutti gli *standards*.

In epoca recente, negli *standards* fissati per legge è stata determinata una lista di elementi di cui il giudice deve tener conto al momento della loro applicazione. Così, in base al *Rent Act* del 1968, al paragrafo 45, il proprietario di una casa di civile abitazione può ottenere dai funzionari competenti un certificato che specifichi il canone d'affitto 'equo' (*fair*). Il paragrafo 46 prevede che, nel determinare un canone equo, « occorre tener conto di tutte le circostanze — escluse quelle di natura strettamente personale — e, in particolare, età, stato e ubicazione e condizioni di manutenzione dell'immobile ». Un esempio estremo di questa tendenza a specificare le modalità secondo cui il giudice dovrebbe esercitare la propria discrezionalità nell'applicare gli *standards*, si ritrova nel *Matrimonial Proceedings and Property Act* (del 1970). Il paragrafo 4 attribuisce al giudice, nel concedere il divorzio, il potere di ordinare ad uno dei coniugi, di cedere la proprietà all'altro, o al figlio di entrambi. Il quinto paragrafo impone al giudice l'obbligo di « tenere conto di tutte le circostanze del caso » — nell'esercizio dei suoi poteri — così da reintegrare le parti, per quanto è possibile e per quanto è giusto in rapporto alla loro condotta, nella situazione finanziaria in cui si sarebbero trovate qualora il matrimonio non fosse giunto alla rottura, e ciascuna di esse avesse tenuto fede nel modo dovuto agli oneri finanziari e alle responsabilità reciproche ». Questa disposizione non era comunque ritenuta, di per sé, elemento sufficiente di guida ai tribunali; e, pertanto, il riferimento alle circostanze del caso è corredato di una lista di non meno di sette punti specifici di cui i giudici devono tener conto: il probabile reddito delle parti, le loro posizioni finanziarie, il loro precedente tenore di vita, l'età e la durata del periodo matrimoniale, eventuali menomazioni fisiche o mentali, i contributi reciproci al mantenimento della famiglia (inclusa la cura della casa), e tutti i vantaggi perduti come conseguenza del divorzio.

In antitesi alla tendenza inglese, i sistemi continentali hanno, in epoca recente, lasciato ai giudici pieni poteri discrezionali nell'applicazione degli *standards*. Dopo l'ultimo conflitto mondiale, il diritto delle obbligazioni tedesco è stato modificato attraverso l'interpretazione dell'art. 242 del B.G.B., dove si legge:

« Il debitore è tenuto ad adempiere secondo buona fede, tenendo conto della moralità corrente ».

La giurisprudenza tedesca, con l'aiuto della dottrina, si è avvalsa di questo paragrafo per estendere il campo delle obbligazioni, con l'imposizione di doveri ad entrambe le parti, in aggiunta a quelli già esplicitamente imposti dalla legge o dal contratto. Esse hanno ridotto l'esercizio dei diritti soggettivi nei limiti indicati dalla buona fede, ed hanno ricondotto le obbligazioni esistenti alla clausola '*rebus sic stantibus*' nel caso in cui una modifica delle circostanze abbia resa più onerosa per una delle parti l'esecuzione della prestazione originariamente prevista. Come conseguenza, nella sfera delle obbligazioni contrattuali, « l'art. 242 è divenuto il principale strumento che ha permesso ai tribunali di adattare la regola generale, relativa all'obbligo del contratto, alle circostanze specifiche inerenti alle singole fattispecie » (24).

Equità, principi equitativi e principi del diritto.

Il concetto di equità è talvolta inteso come sinonimo di giustizia; secondo Cicerone « *paribus in causis paria iura desiderat* » (Topica, 4. 23). In altri casi, indica, piuttosto, il senso generalizzato della imparzialità necessaria come base di un compromesso tra due o più criteri di giustizia, ovvero tra due possibili differenti interpretazioni di uno stesso testo. In un passo del Digesto si legge: « *in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est* » (D. 50. 17. 90).

In alcuni sistemi giuridici continentali l'equità è intesa in quest'ultima accezione generale. Il Codice civile italiano, del 1942, dispone, ad esempio, che i giudici interpretino le obbligazioni

(24) E. J. COHN, *Manual of German Law*, 2nd ed., 1968, p. 98.

nascenti da contratto secondo equità (artt. 1371 e 1374). Ciò significa che i giudici dovrebbero evitare un'interpretazione rigidamente letterale delle parole usate dalle parti in un contratto, e attribuire loro un significato più aderente alla effettiva volontà delle parti. Il Codice civile francese, del 1804 — ispirato al dogma positivistico di un giudice che si limita alla mera applicazione della legge, senza nessun potere discrezionale — purtuttavia contiene disposizioni quali, ad esempio, quella secondo cui una divisione fra le parti non possa essere impugnata « a meno che essa non sia totalmente contraria all'equità » (art. 1845). Una legge del 13 luglio 1965, riguardante i beni dei coniugi, dispone che — qualora le norme per la valutazione dell'entità dei debiti delle parti conduca ad un « risultato manifestamente contrario all'equità » —, il tribunale ha facoltà di modificare le pretese di uno dei coniugi. Oltre che in quest'ultima accezione — equità intesa come imparzialità (*fairness*) — il termine è anche usato per caratterizzare certi principi generali, cui si ricorre al fine di modificare gli effetti delle norme. I principi giuridici hanno operato, nelle varie epoche, in modi differenti. Durante i periodi di formazione del diritto, il loro ambito di applicazione è giunto, in vari casi, al punto da vanificare regole vigenti e fino a sostituirle con regole nuove. Famosa è l'affermazione di sir Henry Maine, che definì l'equità come « un complesso di principi giuridici aventi — in virtù della loro intrinseca superiorità — il potere di sostituirsi alla vecchia legge » (25). Funzione di tali principi è quella di contrastare le tendenze verso la rigidità e il legalismo, nel senso di attaccamento alla norma come fine a se stessa più che come mezzo per conseguire decisioni giuste. Vi è, pertanto, sempre un elemento di relatività nella nozione di equità. I principi che arrivano ad essere considerati come equitativi riguardano quegli aspetti del diritto che necessitano di modifiche. Man mano che il diritto si consolida, muta la funzione dei principi, che vengono ad essere impiegati in modo più marginale, solo per controllare l'applicazione delle norme in ordine a situazioni di fatti particolari (26).

(25) *Ancient Law*, III (World's Classics ed., p. 36).

(26) L'art. 565 del *Code Civil* così dispone: « Le droit d'accession, quand il

Nel periodo di formazione del diritto romano, come di quello inglese, l'equità operò quasi esclusivamente nella sfera del diritto privato, e fra i due sistemi giuridici esistono evidenti analogie riguardo ai principi equitativi.

Nell'ambito del diritto romano classico, come si è già visto, i termini di una controversia tra le parti venivano fissati dinanzi al pretore e espressi in una formula mediante la quale egli autorizzava uno *iudex*, scelto dalle parti, a risolverla. Il pretore aveva il potere di enunciare una formula anche in ordine a circostanze rispetto alle quali non esistessero precedenti per la concessione di un rimedio giuridico. Una forma iniziale dell'*aequitas* pretoriana si basava sul presupposto che coloro i quali contrattino, con serie intenzioni, debbano conseguire la realizzazione dei propri fini, anche nell'eventualità che essi abbiano mancato di attenersi alle forme particolari prescritte dallo *ius civile* ⁽²⁷⁾. Il pretore si preoccupava che le forme giuridiche per la cessione di proprietà fossero strumentali, piuttosto che fini a se stesse. Egli tutelava la persona che le parti intendevano beneficiare — purché la loro volontà fosse stata esplicita — ed accordava egualmente tutela a coloro che non avessero osservato le forme previste dallo *ius civile*. Così, ad esempio, concedeva una difesa speciale all'acquirente che fosse entrato in possesso di merce da lui acquistata, in modo non consono alla forma appropriata di cessione di proprietà, qualora il venditore tentasse di riappropriarsene. All'acquirente che avesse perduto la disponibilità di un bene, il pretore concedeva un'azione per il recupero basata sulla finzione che egli ne fosse diventato proprietario.

Inoltre, nell'eventualità in cui la volontà dei contraenti fosse viziata da dolo, violenza o errore relativo ad un elemento essenziale dell'atto, il pretore era incline ad annullarlo, malgrado che, dal punto di vista formale, esso fosse conforme alla legge. L'antico diritto si contentava di richiedere la conformità ai requisiti di forma, e non guardava oltre. L'obbligazione giuridica si con-

a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ».

⁽²⁷⁾ P. STEIN, *Equitable Principles in Roman Law, in Equity in the World's Legal Systems* (ed. R. A. Newman), 1974, p. 75 ss.

siderava come derivante dalla corretta osservanza della forma. Il pretore, per prima cosa, concedeva la difesa a una vittima di dolo o violenza. Egli considerava nullo *ab initio* un negozio viziato da un errore essenziale. E quindi concedeva alla vittima la *restitutio in integrum*. Infine, per i casi in cui tali rimedi erano inadeguati, il pretore concedeva un'azione per danni. Facciamo l'esempio di Tizio che consente a Caio di estrarre gesso da un fondo di sua proprietà; e ciò non a mezzo di contratto, ma mediante una autorizzazione revocabile *ad nutum*. In tale caso, se Caio ha affrontato spese per l'acquisto degli strumenti necessari all'estrazione, e Tizio gli impedisce di scavare, Caio avrebbe un'azione per risarcimento di danni (D. 4. 3. 34).

Un altro principio, che può essere considerato equitativo, è quello per cui le norme giuridiche non possono applicarsi a svantaggio di chi, per ragioni a lui non imputabili, è incapace di curare i propri interessi. Una persona che abbia perduto un diritto di proprietà, per essere stata impossibilitata a rivendicarlo a causa della sua assenza in quanto prigioniero di guerra, avrebbe potuto essere reintegrata nella sua posizione originaria. Gli infermi di mente, o i dissipatori — i cosiddetti prodighi — incapaci di tutelare personalmente i propri interessi, venivano protetti dagli effetti della loro incapacità, a mezzo di un *curator* nominato per agire in loro vece. L'idea del *curator* fu estesa a ragazzi in età puberale che, pur avendo — in base ai criteri generali dello *ius civile* — piena capacità giuridica, non avessero, a causa della loro giovane età, l'esperienza di vita per la capacità d'agire.

I principi equitativi furono introdotti nel diritto romano, soprattutto attraverso il controllo esercitato dal pretore sulla procedura con cui veniva amministrato lo *ius civile*. In Scozia, le norme giuridiche e i principi equitativi che le modificarono, venivano applicate in modo analogo dalla stessa corte. In Inghilterra invece, durante il periodo di formazione del diritto, l'*equity* era di competenza di una corte separata, quella del *Lord Chancellor* ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Sulla *Equity* cfr. gli articoli di J. L. BARTON e D. DAVIES in *Equity in the World's Legal Systems*, cit.

Il re si serviva del *Lord Chancellor* per l'adempimento del suo dovere, in quanto principe cristiano, di dispensare giustizia, anche quando ciò avesse significato contrapposizione al diritto stretto. La *Court of Chancery* giunse a vincolarsi a un complesso di regole, note nell'insieme col nome di *equity*, che finivano con l'essere tanto rigide e definite quanto quelle del *common law*. La separazione di giurisdizioni fu abolita nel 1873, e, nel corso del nostro secolo, tutti i giudici inglesi sono stati autorizzati ad applicare sia le norme di *common law* sia quelle di *equity*.

L'*equity* inglese, come già l'*aequitas* pretoriana, mira alla sostanza, piuttosto che alla forma dei negozi giuridici. Per esempio, il *common law*, da un lato, prescrive che certi contratti siano stipulati in forma scritta; l'*equity*, dall'altro lato, nel caso di un contratto non scritto, interviene per tutelare quel contraente che venisse a trovarsi in una situazione tale, per cui sarebbe contrario all'equità permettere che l'altra parte traesse vantaggio dall'assenza della forma scritta. Ciò si verificherebbe, ad esempio, qualora quel contraente avesse già adempiuto le proprie obbligazioni. Così pure, l'*equity* permette la rettifica del contratto, qualora non rispecchi l'effettiva intenzione delle parti. Inoltre, mentre il rimedio previsto dal *common law* nel caso di inadempimento contrattuale consiste nel risarcimento dei danni, l'*equity* riconosce che questo possa essere in taluni casi inadeguato e può esigere l'esecuzione in forma specifica degli obblighi contrattuali. La corte ottiene l'osservanza dei propri decreti con la minaccia — in caso di inottemperanza — della incarcerazione per disprezzo della Corte (*contempt of Court*).

L'*equity* contempla anche il principio generale della prestazione di aiuto a chi si trovi in condizione di bisogno: persone naturalmente incapaci di badare ai propri interessi personali — come infermi di mente o bambini — oppure parti più deboli in certi tipi di contratto.

Nei sistemi giuridici progrediti l'equità, in quanto complesso di principi superiori, non opera nella stessa misura in cui opera nei sistemi di diritto in formazione. Ciò nonostante, anche i sistemi giuridici maturi ammettano principi particolari, spesso formulati come massime, che controllano l'applicazione delle regole giuridiche in casi specifici. Vengono spesso descritti quali principi

generali del diritto, ma usualmente non vengono considerati come partecipi della natura dell'equità, senza dubbio perché i loro effetti giuridici preoccupano meno di quelli dell'equità stessa. Principi di questo tipo possono esprimere la ragione che sta alla base di un certo numero di norme giuridiche. Ad esempio, il diritto romano riconosceva principi quali: « Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum » (D. 50. 17. 206); « Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet » (D. 50. 17. 54); « ... causam possessionis neminem sibi mutare posse ... » (D. 41. 5. 2. 1); « Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere » (D. 22, 6, 9 pr.). Non sono regole nel senso che hanno valore normativo, ma offrono la giustificazione di certe regole, possono indicarne l'ambito di applicazione o spiegare le ragioni, per le quali una regola dovrebbe o non applicarsi ad una particolare fattispecie. Non ci si attende che vengano applicate meccanicamente, in assenza di situazioni rilevanti ⁽²⁹⁾.

Il periodo di splendore delle massime nel diritto romano fu quello post-classico. Molte di esse furono riunite nell'ultimo titolo del Digesto (50. 17). La funzione di molte di tali massime, chiamate *regulae*, pare sia stata quella di creare una presunzione in favore della parte che le adduceva. Citando una massima che la favorisse, una parte riusciva a trasferire l'onere della prova sull'altra.

Nel XVI secolo, le *regulae* del Digesto (50. 17) vennero ad essere considerate come i primi principi del diritto, da cui potevano esser dedotte logicamente tutte le norme particolari ⁽³⁰⁾. Il *common law* medioevale ne aveva adottate alcune, già presenti nel diritto romano. Si riteneva che una delle caratteristiche delle massime del *common law* fosse quella della loro evidenza, per cui non vi era bisogno di ricorrere a giustificazioni. Sir Edward Coke, il più autorevole *common lawyer*, descrisse la 'massima' come

⁽²⁹⁾ P. STEIN, *Regulae iuris: From juristic rules to legal maxims*, 1966, p. 105-123.

⁽³⁰⁾ P. STEIN, *The Digest Title, 'De diversis regulis iuris antiqui' and the general principles of law*, in *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (ed. R. A. Newman), 1962, p. 1 ss.

« una proposizione che venga da tutti riconosciuta e accolta senza prova, argomentazione o discorso » (31). È stato rilevato che una « tale tesi si confaceva al carattere autoritario di Coke, poiché, avendo egli stesso coniato un gran numero di massime, mal sopportava, probabilmente, che ci si addentrasse troppo nei loro presupposti » (32). Francesco Bacone raccolse alcune delle massime più generali, corredandole di un elenco di ipotesi nelle quali ciascuna di esse poteva essere applicata o no. Spiegò quale fosse la loro funzione:

« In casi nuovi, relativamente ai quali non esistono precedenti *in puncto*, discernere, con la profondità della ragione, il vero concetto del diritto; nei casi per cui esistono precedenti, di tenore uguale o differente, confermare la norma appropriata e applicarla uniformemente; nei casi in cui la legge è chiara, attraverso l'interpretazione dei precedenti, scrutare più a fondo le ragioni di quei precedenti e, conseguentemente, far uso degli stessi per la decisione di altri casi più oscuri » (33).

Ronald Dworkin ha discusso l'uso moderno dei principi generali, in un articolo teso a dimostrare che l'impiego del modello di un sistema di norme per definire il diritto è inadeguato, per il fatto che manca di assegnare a detti principi uno spazio appropriato (34). L'esempio più rilevante citato è quello in cui un tribunale di New York si trovò a dover decidere se un erede testamentario potesse normalmente succedere, anche nel caso di omicidio commesso nei confronti del testatore (nel caso in specie si trattava del nonno). I giudici ammisero da un lato che, « alla luce di un'interpretazione letterale della normativa rilevante in

(31) *Co. Lit.*, 10b-11a.

(32) H. F. JOLOWICZ, *Roman regulae and English maxims*, in *L'Europa e il diritto romano* (Studi P. Koschaker), 1954, I. 215.

(33) *Maxims of the Law* (1630) preface (*Works*, ed. Spedding et al., 1857-74, 7. 319). [Per una trad. it. delle opere giuridiche di Bacone cfr. *Scritti politici giuridici e storici*, Torino 1971, vol. I, a cura di E. De Mas (massime giuridiche p. 29)].

(34) *Is law a system of rules?*, in *Essays in Legal Philosophy* (ed. SUMMERS), 1968, p. 25 ss.; DWORKIN, in 81 *Yale L. J.*, 1972, 855; cfr. *Note, ibid.*, p. 912.

materia, l'omicida potesse ricevere l'eredità»; ciononostante essi decisero in senso opposto, rilevando che « tutte le leggi possono essere controllate nella loro applicazione da massime generali e fondamentali di *common law*. A nessuno sarà consentito di trarre profitto da un comportamento illecito ... né di procurarsi beni a seguito di un reato » (35). In un caso inglese equivalente, il giudice Fry della *Court of Appeal*, considerò quale « principio di ordine pubblico (*public policy*) », quello per cui « nessun sistema giuridico può, con ragione, includere tra i diritti tutelati quelli derivanti direttamente da reato » (36).

Dworkin analizza le distinzioni tra norme e principi nel modo seguente:

« Il principio che *'nessuno può trarre profitto dalla propria condotta illecita'* non fa il minimo accenno alle condizioni che rendono necessaria la sua applicazione. Piuttosto, esso afferma un criterio orientativo per la decisione, non una regola rigorosa. Ad esempio, se qualcuno deve ricevere, o sta per ricevere una cosa, come risultato diretto di un illecito da lui commesso al fine di procurarsela, sussiste una ragione di cui i giudici terranno conto nel decidere se egli debba averla. Possono esserci altri principi, o orientamenti di *policy*, volti in senso diverso — un orientamento, ad esempio, volto alla tutela del titolo di proprietà ... In tal caso, il nostro principio può non prevalere; ciò non significa, tuttavia, che esso non resti un principio del nostro sistema giuridico; difatti, in un caso successivo, ove considerazioni opposte siano assenti o di minor peso, il principio può avere una funzione decisiva » (37).

Collegata a quest'ultima, vi è un'altra differenza fra regole e principi. Diversamente dalle regole, i principi vanno considerati nel loro peso e nella loro rilevanza, e qualora siano confliggenti, il contrasto viene risolto tenendo conto del loro peso relativo.

(35) *Riggs v. Palmer* (1889) 115 N.Y. 506 at 509, 511; 22 N.E. 188 at 189, 190, cit. da DWORKIN, *op. cit.*, p. 35.

(36) *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association* [1892] 1 Q.B. 147 at 156.

(37) *op. cit.*, p. 38-9.

Le differenze tra principi e regole spiegano perché i codici normalmente si astengano da un elenco di principi, anche se essi operano entro il sistema giuridico cui appartiene il codice stesso. Né è un valido esempio l'insieme di « principi generali », che non compare in nessun testo codificato e che, tuttavia, è stato sviluppato dal *Conseil d'État* francese sin dalla fine del secondo conflitto mondiale, al fine di controllare l'operato dell'amministrazione⁽³⁸⁾. Alcuni di questi principi, come quello diretto ad impedire che si proceda *inaudita altera parte*, corrisponde ai principi inglesi di giustizia naturale (*natural justice*). Altri, come il principio di uguaglianza nell'ambito della distribuzione degli oneri sociali, non hanno in Gran Bretagna un preciso equivalente. Questo principio, sviluppatosi da quello più generale di uguaglianza dinanzi alla legge, è stato impiegato efficacemente dai tribunali amministrativi francesi per correggere casi di trattamenti disuguali sorti dalle restrizioni della politica dirigistica del governo, nel suo controllo della vita economica del paese. Alcuni principi sono modellati su quelli del diritto privato. Nel 1966, il *Conseil d'Etat* estese anche al campo dei lavori pubblici il principio dell'arricchimento senza giusta causa⁽³⁹⁾.

L'esistenza di « principi giuridici generali comuni a tutti gli Stati membri » è stata riconosciuta dall'articolo 215 (2) del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità Economica Europea; ma tali principi non sono indicati. Oltre ad essi, la Corte della Comunità ha applicato « i principi generali del diritto comunitario » fondati sulla propria giurisprudenza⁽⁴⁰⁾.

Il diritto romano e quello inglese da un lato, e i moderni sistemi giuridici continentali dall'altro, differiscono quanto al riconoscimento di un principio generale di abuso del diritto. Né il diritto romano, né quello inglese, vietano al proprietario l'esercizio dei suoi diritti anche se non ne consegue alcun vantaggio economico e sia consapevole di arrecar danno ad altri. I due si-

(38) B. JEANNEAU, in *Equity in the World's Legal Systems*, cit., p. 240 ss.

(39) *Ministère de la Construction c. Ville de Bordeaux*, R.D.P. 1967, 167.

(40) *Wilhelm v. Bundeskartellamt* (1969), 15 Rec. I at 13 (2), 16 (11); [1969] C.M.L.R. 100; K. LIPSTEIN, *The Law of the European Economic Community*, 1973, p. 14, n. 1.

stemi giuridici contengono, invero, un ristretto numero di divieti relativi ad usi specifici della proprietà, usi che altrimenti sarebbero leciti; ma, in generale, fintanto che uno agisce entro l'ambito dei propri diritti, nessuno dei due sistemi si preoccupa d'indagare sui motivi della condotta.

I sistemi continentali moderni, normalmente, riconoscono il principio di abuso di diritto ⁽⁴¹⁾. Esso è stato sviluppato dalla giurisprudenza, e viene menzionato espressamente solo nei codici più recenti. Ad esempio, il Codice civile svizzero, del 1907, stabilisce che l'abuso manifesto di un diritto non è protetto dalla legge e che ciascuno è tenuto a esercitare i propri diritti e adempiere i propri doveri secondo le regole di buona fede (art. 2). Il Codice civile olandese, del 1838, non conteneva alcun riferimento al principio, ma negli ultimi cinquant'anni, la Corte di cassazione olandese lo ha applicato, in determinati casi. Il titolo preliminare del progetto del Codice civile, approvato dal Parlamento olandese nel 1955, ma non ancora entrato in vigore, accoglie il principio espressamente. Vi è stabilita una presunzione di abuso del diritto quando esso sia esercitato con la sola intenzione di danneggiare terzi, ovvero quando è esercitato in modo tale che, data l'evidente sproporzione tra l'interesse da soddisfare e il danno conseguente, un uomo ragionevole si sarebbe astenuto da una tale condotta (art. 8).

La « natura delle cose ».

Quando il giurista non è in grado di individuare uno *standard*, né un principio — equitativo o generale che sia — cerca, talvolta, di adattare il diritto alle circostanze della fattispecie, appellandosi a ciò che il diritto continentale definisce « la natura delle cose ». Tale concetto va tenuto distinto rispetto a quello inglese dei « fatti del caso » (*the facts of the case*). Tutti i sistemi giuridici progrediti distinguono tra ' fatto ' e ' diritto ', e riconoscono che la soluzione in diritto, l'imputazione di responsabilità in un determinato caso, può dipendere proprio dalla natura dei fatti ine-

(41) F. H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, 1947, p. 15 ss.; MAZEAUD et TUNC, *Traité de la Responsabilité civile*, 5^a ed., 1957, p. 621 ss.

renti. Ad esempio Alfeno, giureconsulto romano della tarda repubblica, fu interpellato in ordine a un caso riguardante due carri trainati da muli, guidati da due sorveglianti di schiavi, i quali, uno dietro l'altro, salivano per il colle capitolino. Il carro che si trovava più avanti slittò all'indietro e investì l'altro, che, a sua volta, rotolò in discesa e travolse un giovane schiavo. Alfeno, essendogli stato chiesto contro quale dei due conduttori il proprietario dello schiavo avrebbe dovuto agire, rispose che la soluzione del caso dipendeva dalle circostanze: *respondi in causa ius esse positum*. Le ferite riportate dal ragazzo avrebbero potuto imputarsi sia al conduttore del carro che stava avanti, sia al proprietario dei muli — per aver egli fornito dei muli inadeguati — sia anche ad un fatto accidentale; nell'ultimo caso nessuna azione sarebbe stata ammissibile contro alcuno (D. 9. 2. 52. 2). Il commentatore medioevale Baldo derivò dalle osservazioni di Alfeno la massima secondo cui la posizione giuridica del caso emerge dai fatti: *ex facto ius oritur*.

Massima, quest'ultima, a cui soprattutto i giuristi continentali hanno avuto buone ragioni per ricorrere. Nel suo *The Commonwealth of England*, pubblicato nel 1583, sir Thomas Smith richiamò l'attenzione su una differenza significativa esistente tra la procedura continentale e quella di *common law*. La procedura continentale, avendo carattere inquisitorio, si apriva con una fase istruttoria, dopo la quale soltanto si apriva la discussione sul diritto. « Innanzitutto si analizzano i fatti mediante testimonianze, indizi, torture e prove del genere, al fine di scoprire la verità degli stessi; ciò fatto, gli avvocati avanzano le argomentazioni giuridiche ... dichiarando che: *ex facto ius oritur* ». Nella tradizione inglese il procedimento si apriva con la discussione in diritto; quindi, ridotto l'intero caso alla questione della sussistenza o meno di uno o due fatti, i giudici lo ponevano alla giuria perché pronunziasse il verdetto. « In un certo modo, tutte le azioni ... pervengono alla determinazione del punto controverso (*issue*) e della questione di fatto, rispetto al quale vi è un'affermazione ed una negazione; tale fatto verrà vagliato da dodici giudici e, a seconda del verdetto, l'azione sarà vinta o perduta » ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ II. 16 (ed. del 1635, p. 135).

Sebbene la procedura in *common law* abbia più limiti ed esclusioni rispetto a quella continentale — per quanto si riferisce all'ammissibilità delle prove — le disparità procedurali, cui Smith fa riferimento, sono state ridotte. Il diritto inglese presenta molti casi la cui decisione emerge dalla valutazione giudiziale dei fatti. Si tratta di casi rispetto ai quali il diritto in sé è chiaro e l'azione viene promossa per accertare quali fatti rilevanti possano essere provati.

Talvolta, il principio *ex facto ius oritur* si intende in un senso diverso. Cioè intendendo « i fatti » non già come circostanze da cui è derivato un determinato caso, ma piuttosto come situazioni generalizzate, come fenomeni del vivere sociale, ossia come « natura delle cose ». Si utilizza quest'ultimo concetto come parte di un'argomentazione, contro un'altra che paia godere di un certo credito. Il ricorso alla natura delle cose vuole essere un ricorso a ciò che ognuno — almeno dal punto di vista di chi argomenta in tal senso — riconoscerà come la regola adatta al caso, e che non ha bisogno di ulteriori giustificazioni.

Il concetto appare per la prima volta nella dottrina dei giuriconsulti romani, in casi in cui alcuni di essi invocavano la natura per controbilanciare argomentazioni da loro ritenute troppo sofisticate (43). Anche fuori del diritto si confutava la spiegazione in termini sovranaturali di fenomeni strani e misteriosi affermando che quei fenomeni si erano verificati « in modo naturale ». Similmente, una scuola di giuristi, i sabiniani, ricorreva alla natura per contrastare le idee propugnate dalla scuola opposta — i proculiani — da loro ritenute razionalizzazioni eccessive. Le tesi dei proculiani configuravano il diritto quale un corpo di norme coerente e sistematico, e sostenevano l'importanza della funzione della logica e dell'analogia nel ragionamento giuridico. I sabiniani, più cauti, basavano invece le proprie argomentazioni sull'esperienza.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di una pietra per metà sotto il fondo di Tizio e, per l'altra metà, sotto quello di Caio. Fintanto che essa è lì giacente, sia Tizio che Caio ne possiedono, ciascuno,

(43) Cfr. P. STEIN, *The development of the notion of naturalis ratio*, in *Daube Noster* (Essays in Legal History for David Daube), 1974, p. 305-17.

la parte che si trova sotto i rispettivi fondi. Ma qual'è la situazione al momento in cui la pietra viene rimossa? Secondo l'opinione dei proculiani — che finì per prevalere — la pietra doveva considerarsi di proprietà comune di Tizio e di Caio in quote indivise; per cui continuava fra i due proprietari ad esservi lo stesso rapporto già esistente rispetto alle parti separate. I sabiniani invece si domandavano come mai la mera rimozione della pietra dal suolo potesse avere effetti giuridici così rilevanti. Secondo loro, la soluzione suggerita dalla natura, era quella per cui sia Tizio che Caio conservavano, anche a seguito della rimozione, la stessa parte che possedevano precedentemente (D. 17. 2. 83). Il diritto non può alterare ciò che esiste in natura. Un altro esempio è quello riguardante la proprietà di una cosa costruita da Tizio con materiale appartenente a Caio. I sabiniani infatti contestavano l'opinione dei proculiani, che attribuiva la proprietà al costruttore, basandosi su argomenti ricavati dalla natura. La cosa è di Caio, essi dicevano, poiché senza il materiale non sarebbe stato possibile costruirla (D. 41. 1. 7. 7). Così, adottarono il semplice metodo del ricorso al buon senso per contrastare quanto, a loro giudizio, costituiva un tipo di ragionamento formalistico.

I giureconsulti romani, che basavano le proprie argomentazioni sulla natura, asserivano che la teoria da loro adottata affondava le proprie radici nei fatti della vita sociale, nella realtà obiettiva cioè, quella che doveva essere riconosciuta come data. Gaio, seguace della scuola dei sabiniani, fece uso di tale concetto per spiegare e giustificare le istituzioni giuridiche. L'appello alla natura come norma, secondo Gaio, esonerava da ulteriori giustificazioni. « Va da sé » che ciò che detta la natura è di per sé valido. Così, il diritto non può considerare Tizio ladro, o adultero, ignorando che queste categorie di trasgressori sono già fissate dalla natura. L'unica cosa che il diritto può fare è tener conto di certe circostanze in relazione alla commissione di questi reati (Inst. 3. 194).

Se Tizio promette di dare qualcosa che è, in realtà, impossibile dare — come nel caso di uno schiavo che sia deceduto all'insaputa delle parti (che ne trattavano la vendita) — la promessa è nulla. Una regola come questa, essendo in evidente ar-

monia con la natura, non ha bisogno di altre giustificazioni (D. 44. 7. 1. 9). Inoltre, l'uccisione illecita dello schiavo di proprietà di un terzo era punita dalla legge. Come esempio di uccisione non illecita Gaio porta quello di una persona che uccida uno schiavo che intenda derubarlo: ciò in quanto la ragione naturale permette l'autodifesa (D. 9. 2. 4 pr.). Non si richiede al riguardo una specifica giustificazione giuridica, poiché si tratta di cosa di per sé evidente: «è conforme a ragione».

I giureconsulti romani del periodo classico attribuivano una norma alla natura, non solo quando essa appariva in accordo con le qualità fisiche dell'uomo e con le situazioni della vita, ma anche quando ciò fosse suggerito dall'ordine sociale (44). Una norma conforme alla normale condotta umana o a normali aspettative nell'ambito dei rapporti sociali era giustificata dalla natura. La struttura della famiglia romana, che subordinava i figli al potere del *paterfamilias*, indipendentemente dalla loro età, era ritenuta frutto di un ordine naturale; e i giuristi potevano affermare come derivante dalla natura il principio per cui un padre non poteva agire in giudizio contro un figlio, più di quanto non potesse agire contro se stesso (D. 47. 2. 16) (45).

Nell'ambito del diritto moderno inglese e scozzese, i giudici hanno anche basato le loro decisioni sulla natura e l'ambiente dell'uomo, sui suoi istinti, tendenze e aspettative in situazioni comuni. Essi, di solito, evitano di fare esplicito riferimento alla natura, preferendo, invece, espressioni quali «il senso comune della questione» (*the common sense of the matter*) (46), o «la ragione comune delle cose» (*the common reason of the thing*) (47); ma il modo in cui essi impiegano tali concetti è simile a quello dei giureconsulti romani. Ogni volta che il diritto ha mostrato la tendenza a divenire eccessivamente dogmatico e rigido, nel senso di far dipendere la decisione di un caso dalla sua corrispon-

(44) E. LEVY, *Natural Law in Roman Thought*, in 15 *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1949, p. 10.

(45) TH. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, in *Studi in onore di E. Volterra*, 2, 1969, p. 114.

(46) *Pearce v. Gardner* [1897] 1 Q.B. 688 at 690, per Lord Esher M.R.

(47) Sir M. HALE (1609-76), *History of the Common Law of England*, IV fin. (ed. C. M. GRAY, 1971, p. 46).

denza ad una qualche formula astratta, i giudici lo hanno ricondotto sulla terra, ricorrendo alla natura delle cose.

Un esempio di questa linea di sviluppo si è avuta a proposito della responsabilità dei possessori di immobili per i danni subiti da eventuali visitatori. Fino alla prima metà del XIX secolo, un possessore non era tenuto a preoccuparsi della sicurezza di chi entrasse nei suoi locali, a meno che il danno non fosse intenzionale. I visitatori, compresi quelli che vi andavano con scopi legittimi, entravano a loro rischio. Da principio, i giudici imposero la responsabilità sul possessore con molta cautela e solo per situazioni rigorosamente limitate. Al fine di definire le responsabilità in ordine ai vari casi possibili, i tipi di vittime di lesioni su immobili altrui furono ordinati in categorie: invitati, autorizzati e intrusi; per ciascuna delle tre fu fissato un diverso grado di dovere di diligenza. La decisione in ordine a ciascun caso dipendeva dalla specifica categoria a cui il visitatore ferito apparteneva.

Due casi tratti dal diritto scozzese valgono ad illustrare il modo in cui i giudici si allontanarono dall'applicazione meccanica di forme di questo genere, ritornando alla natura delle cose.

Nel caso *Stevenson v. Glasgow Corporation*, un padre agì in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni relativi alla morte del giovane figlio, annegato mentre giocava in un parco pubblico, di proprietà comunale, che era attraversato da un fiume. L'incidente avvenne nel corso di uno straripamento improvviso, in un punto in cui si sapeva che le acque del fiume erano soggette ad aumenti di livello, varianti da circa trenta a centoventi centimetri, punto in cui l'argine, privo di sponda di contenimento, appariva chiaramente eroso. Si decise che il bambino dovesse essere considerato nella categoria degli « invitati ». Nel caso di un adulto, il comune non avrebbe avuto alcuna responsabilità, dato che il pericolo sarebbe apparso ovvio. La questione consisteva nello stabilire se le autorità comunali avessero, nei confronti dei visitatori non adulti, un dovere di diligenza più rigoroso che nei confronti dei visitatori adulti. La *Inner House* della *Court of Session* non accolse l'azione. Lord Maclaren equiparò la posizione dei bambini a quella degli adulti incauti. Dopo aver citato i nomi di svariate città situate lungo le sponde di

un fiume, osservò: « In nessuno di questi luoghi si è dimostrato necessario recingere il fiume per evitare che bambini o persone sconsiderate cadessero in acqua » (48). Lord Kinnear fece rilevare che, nella situazione in esame, non si trattava di pericolo riferibile alle capacità medie dell'uomo, bensì di pericolo sorto « da mancanza d'intelligenza o intelligenza immatura » del visitatore e non tale, quindi, da giustificare un grado maggiore di diligenza. Il fatto che la vittima fosse un bambino era irrilevante. Non esiste una normativa che imponga ai possessori o gestori di parchi pubblici un dovere di diligenza nei confronti dei bambini per i rischi che corrono a motivo della loro età » (49).

Alcuni anni più tardi, nella causa *Taylor v. Glasgow Corporation*, un altro padre citò il municipio per danni a seguito della morte del giovane figlio, avvenuta mentre giocava in quello stesso parco. Il bambino era passato dall'area di gioco ad un appezzamento recintato ricoperto d'arbusti, e lì aveva mangiato alcune bacche velenose — colte da una pianta di belladonna — molto belle e attraenti. In questa occasione, la causa ebbe esito positivo. Certo, è possibile distinguere i fatti dei due casi, sulla base dell'argomentazione che, nel primo caso il danno era da collegarsi a un elemento naturale, mentre nel secondo esso era da imputarsi ad un elemento « eccezionale ed artificiale », che costituiva un'attrazione per i bambini. Una tale argomentazione non tiene conto dell'attrazione, notoriamente esercitata, sui bambini, dall'acqua. Ciò che è significativo nel secondo caso è il fatto che i giudici si mostrano inclini a considerare il dovere di diligenza nei confronti dei bambini, distinto da quello previsto nei confronti degli adulti, ossia, in altre parole, mostrandosi propensi a riconoscere il diritto di essere bambini. Lord Atkinson dichiarò:

« Ritengo che, in casi del genere, la responsabilità della parte convenuta consista, in ultima analisi, nella consapevolezza che, con il suo agire, può indurre bambini di tenera età, incapaci di badare a se stessi eppure pieni di in-

(48) 1908 s.c. 1034 a p. 1039.

(49) A p. 1042-3.

teressi e facili alle tentazioni, al contatto — in luoghi in cui i bambini hanno diritto di trovarsi — con cose affascinanti e, per loro, seducenti ... che però — all'insaputa dei piccoli ma non, certo, della parte convenuta — sono potenzialmente nocive e pericolose per chi le tocchi » (50).

Tale tendenza ad abbandonare l'uso di categorie formali quali strumenti di controllo dei livelli di responsabilità, sostituendole con un ricorso alla natura del caso, giunse, infine, ad avere la veste di disposizione legislativa. In Scozia, l'*Occupiers' Liability Act*, del 1960, spazzò via i gradi differenziati degli *standards* di diligenza dovuti alle varie categorie — invitati, autorizzati e intrusi — e li sostituì con una normativa comune. Da quel momento, ai possessori veniva imposto un obbligo assoluto nei confronti di « persone che entrassero entro i confini dei loro immobili »: quello di prendere, in ordine a qualsiasi pericolo, precauzioni « tali da far sì che, in tutte le eventualità ragionevolmente prevedibili, nessuno abbia a subire lesioni a motivo di uno qualsiasi di quei pericoli » [sect. 2 (1)].

Il diritto che attiene alle responsabilità per lesioni provocate da *negligence* ci offre esempi interessanti sull'identificazione delle varie possibili reazioni umane di fronte a circostanze specifiche. I due casi seguenti, inglesi, riguardano la norma espressa nella massima *volenti non fit injuria*, secondo cui, chi deliberatamente intraprenda un'impresa rischiosa, non può poi lamentarsi, se da essa ne deriva un danno. Ecco i fatti del caso *Cutler v. United Dairies*: l'attore vede il carro del convenuto, condotto da un cavallo e privo di guidatore, sfrecciare davanti alla propria casa. Il cavallo entra in un campo vicino, e là il guidatore, che gli correva appresso, tenta di fermarlo e chiama aiuto. L'attore giunge a sua volta nel campo e, nel tentativo di controllare il cavallo, viene ferito. Al riguardo, la *Court of Appeal* inglese sostenne che il principio del *volenti* impediva all'attore di ottenere il risarcimento. Nel corso della sua *opinion* il giudice Scrutton ebbe a dire:

« Un cavallo s'imbizzarrisce in una strada pubblica, un astante corre fuori di casa per fermarlo, e viene ferito. In

(50) 1922 S.C. (H.L.) 1 a p. 9; [1922] 1 A.C. 44 a p. 58.

tali circostanze, è imputabile al proprietario del cavallo una qualsiasi responsabilità giuridica? Sulla base dei fatti specifici, a me questo non sembra. Il danno è effetto dell'incidente ... Un uomo non ha alcun dovere di correre fuori casa e fermare il cavallo d'un terzo, e se sceglie di farlo, compiendo un atto la cui ovvia implicazione è un danno potenziale, il danno stesso deve restare sulle sue spalle e non su quelle del proprietario del cavallo » (51).

L'anno successivo, nel processo *Haynes v. Harwood*, la *Court of Appeal* si trovò a dover definire il caso di un funzionario di polizia che, accorso in strada, restò ferito nel tentativo di controllare un cavallo imbroccatosi che galoppava verso una zona in cui giocavano dei bambini. La Corte concesse il risarcimento dei danni. In quella circostanza, il principio del *volenti* non fu ritenuto applicabile, sulla base del fatto che la ragione che aveva spinto l'attore ad agire era stato il desiderio di salvare delle persone, messe in pericolo dalla imprevidenza del convenuto. Il giudice Greer citò il giudizio emesso, a suo tempo, dal giudice Scrutton in ordine al caso *Cutler*, e dichiarò di associarvisi, ritenendo, peraltro, che le osservazioni che accompagnarono quel giudizio fossero state espresse in termini troppo generici:

« Il puro fatto di correre sulla strada e fermare un cavallo imbroccato non può, di per sé, dare ad un astante facoltà di vincere una causa per il risarcimento dei danni conseguenti. Occorre considerare tutte le circostanze e, se l'atto compiuto dall'astante è quale ciascuno di noi si aspetterebbe da un uomo normalmente coraggioso, nell'agire al fine di proteggere altre persone, mi pare che quella considerazione, se diretta a trattare esaurientemente questo caso, non rappresenti accuratamente il diritto di questo paese » (52).

La Corte approvò la tesi sostenuta in un autorevole testo della dottrina: « Il diritto non reputa l'umanità tanto meschina

(51) [1933] 2 K.B. 297 a p. 303.

(52) [1935] 1 K.B. 146 a p. 158.

da ritenere che il fatto che un uomo di piene capacità si esponga ad un pericolo, nell'intento di sottrarre allo stesso un altro uomo, non rientri nell'ordine delle conseguenze naturali e probabili » (53). Così, la causa *Haynes v. Harwood* introdusse nel diritto inglese una eccezione all'applicazione della massima *volenti*, basandola sul riconoscimento di una reazione naturale dell'uomo in certi tipi di situazioni.

Di recente, Lord Denning ha ammesso apertamente di aver fatto ricorso alla ragione delle cose, per giustificare una decisione, a suo parere in linea con la giustizia, ma in contrasto con il diritto precedente. Negli ultimi cinquant'anni, le corti di *common law* hanno esteso considerevolmente l'ambito della responsabilità per *negligence*. Chiunque, a partire dal 1932, abbia subito lesioni fisiche, conseguenti a fabbricazione o manutenzione difettose di un prodotto, è stato in grado di ottenere un'azione contro i responsabili (54). Pur tuttavia, chi subiva danni conseguenti a difetti di costruzione di immobili, imputabili a *negligence*, veniva escluso da ogni forma di risarcimento.

Nel caso *Dutton v. Bognor Regis Building Co.*, la *Court of Appeal* sostenne che chi costruisce un edificio in modo negligente è responsabile delle eventuali lesioni derivate all'acquirente. Nel caso in questione, i giudici considerarono che la distinzione fra beni mobili (relativamente ai quali già da lungo tempo erano state definite le responsabilità) e immobili (in relazione ai quali non ne era ancora stata stabilita alcuna), fosse « del tutto insostenibile ». Il diritto aveva conservato a lungo una tale distinzione, la quale, tuttavia, esaminata alla luce della moderna realtà sociale e commerciale, non poteva più essere accettata. Essa era ingiusta nella misura in cui aveva permesso che da due situazioni essenzialmente analoghe scaturissero effetti giuridici differenti. Eliminata questa anomalia, la Corte andò ben oltre. Accordò l'azione di danni, non solo contro i costruttori negligenti, ma anche contro le autorità municipali, per avere un loro ispettore edile collaudato con negligenza le fondazioni imperfette dell'edificio. Ciò costituì una deliberata estensione dell'ambito della

(53) Sir F. POLLOCK, *Law of Torts*, 13th ed. 498, per Maugham L.J., p. 163.

(54) *Donoghue v. Stevenson* 1932 S.C. (H.L.) 31; [1932] A.C. 562.

responsabilità. Lord Denning ne diede giustificazione con queste parole:

« Mai, prima d'oggi, è stata promossa un'azione contro un consiglio comunale o suoi ispettori, per *negligence* nel concedere una licenza edilizia ... A me pare che la questione su cui dobbiamo decidere, in quanto giudici, è una questione d'opportunità di scelte di politica giudiziaria. È oramai giunto il momento in cui, per i casi che presentano configurazioni nuove, il giudizio deve essere formulato « *secondo la ragione della cosa* » ... Guardiamo alle relazioni fra le parti; quindi dichiariamo, come scelta opportuna, su chi debba ricadere la responsabilità del risarcimento del danno. Quali sono, nel caso in questione, le considerazioni sull'orientamento da seguire? Le enuncerò in ordine. Innanzitutto: la signora Dutton subisce una perdita dolorosa. La sua casa crolla senza che lei ne abbia colpa alcuna. Personalmente, l'istante non è nella posizione di potere, da sola, far fronte a tale perdita. Chi dovrebbe, secondo giustizia, sopportare il danno? ... In primo luogo, il costruttore è responsabile; fu lui a far costruire le fondazioni in modo talmente difettoso che ne derivò il crollo dell'edificio. In secondo luogo, l'ispettore comunale è responsabile; era suo compito esaminare le fondazioni, per stabilire se fossero o no adeguate a sostenere il peso dell'edificio, compito che non è stato espletato nel modo dovuto. In terzo luogo, le autorità comunali dovrebbero rispondere delle manchevolezze del loro dipendente. A costoro fu affidato dal legislatore il compito di controllare che ogni edificio sia costruito a regola d'arte. Hanno, per tali funzioni, danaro pubblico allo scopo di tutelare gli acquirenti e possessori degli edifici. Eppure, essi hanno mancato di farlo. Le loro spalle sono sufficientemente ampie per poter sostenere il peso dei danni » ⁽⁵⁵⁾.

Nel motivare, apertamente, le proprie decisioni con la natura delle cose (*reason of the thing*), Lord Denning in effetti giustifi-

⁽⁵⁵⁾ [1972] 1 All E.R. 462 a p. 475.

cava una nuova norma che, in quel momento poneva, rifacendosi al sentimento popolare. Nella sua argomentazione, « la natura delle cose » svolse una funzione simile a quella propria dei principi giuridici generali. Nel caso sopradescritto, non esisteva un principio generale a portata di mano, così il riferimento fatto equivaleva a dire più o meno: « Sicuramente ciascuno di noi riconoscerà che, in una situazione come questa, data la nostra ampia conoscenza del contesto sociale in cui essa si innesta, si debba ammettere una sussistenza di responsabilità. L'argomentazione basata sulla natura delle cose viene, in tal modo, limitata alla sfera delle situazioni ordinarie, ben note alla massa della comunità, sulle quali esiste una generale convergenza di opinioni. Essa costituisce una scorciatoia alla decisione, ed è necessariamente imprecisa.

Il pensiero giuridico continentale si è volto con molta attenzione al concetto di natura delle cose ⁽⁵⁶⁾. La maggior parte degli autori si è mostrata incline a considerare tale concetto come un ponte fra l'essere e il dover essere, ossia, un mezzo per dedurre norme che dicano ciò che dovrebbe farsi, partendo dalle situazioni fattuali. Storicamente, il concetto ha oscillato fra due teorie. La prima risale, nel tempo, alla distinzione, fatta dai giuristi romani, fra il diritto proprio di un popolo, *ius civile*, e il diritto comune a tutti i popoli, *ius gentium*. Requisito di base per il riconoscimento universale delle norme giuridiche inerenti alla seconda categoria, si considerava essere la ragione naturale. Il diritto veniva considerato come una emanazione del buon senso di cui ciascun uomo, in virtù della sua stessa condizione umana, possedeva naturalmente. Questa teoria assimila la natura delle cose ad un diritto naturale applicabile a tutti, in tutti i tempi.

La seconda teoria fu sostenuta da Montesquieu. *L'Esprit des Lois* si apre con l'asserzione che le leggi, nella loro connotazione più ampia, sono le relazioni necessarie sorgenti dalla natura delle

⁽⁵⁶⁾ G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in *Festschrift für R. Lauen*, 1948; I. TAMMELO, *The nature of facts as a juristic topos*, in *Australian Studies in Legal Philosophy*, 1963, p. 236 ss.; J. STONE, *Human Law and Human Justice*, 1965, p. 207 ss.; M. VILLEY, *Il concetto classico di natura delle cose*, in *Jus*, 1967, p. 44.

cose. Il testo passa poi all'affermazione dell'assunto secondo cui, dato che le società differiscono fra loro nel carattere, devono corrispondentemente differire anche nelle leggi, nella misura in cui esse sono correlate « all'ordine delle cose sulle quali sono basate ». Le tesi di Montesquieu furono riprese nel XIX secolo dai giuristi della scuola storica del diritto, i quali respinsero la dottrina giusnaturalistica, ma spiegarono le disparità esistenti tra i sistemi nazionali di diritto come derivanti dalla natura delle cose. Essi posero l'accento sulle differenze fra i diritti, le quali potevano essere riportate alle differenze esistenti fra le tradizioni nazionali, evidenziando in tal modo l'aspetto relativo della natura delle cose. Nel nostro secolo è stata rivolta maggiore attenzione ai tratti caratteristici ricorrenti riscontrabili all'interno di società, per altri versi differenziate. Come, ad esempio, l'esigenza, sentita da tutti i bambini, dell'assistenza da parte degli adulti, le aspettative tipiche di acquirenti e venditori, i rapporti intercorrenti fra proprietari di immobili vicini. La natura delle cose, che da un lato è chiaramente correlata alla morale sociale prevalente in un dato periodo, da un altro lato configura una serie di situazioni tali che, nel loro insieme, possono a ragione essere considerate come costituenti un nucleo comune alla struttura delle società occidentali. Nella misura in cui suggerisce quale norma debba essere applicata ad una determinata situazione, la natura delle cose attenua le linee di distinzione tra fatto e diritto (57).

(57) Un'utile ricerca di teorici del ragionamento giuridico (tra cui PERELMAN, VILLEY, VIEHWEG, FULLER e TARELLO): *Die juristische Argumentation*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphil.*, Beiheft (N.F.) 7, 1972.

INDIVIDUALISMO E RESPONSABILITÀ

La società occidentale ci ha tramandato il concetto del valore della persona in quanto individuo, che esiste separatamente da ogni altra. Il valore dell'individuo occupa una posizione centrale nel pensiero europeo sull'uomo e sulla società, sia nell'indirizzo cristiano che in quello umanistico. Secondo i cristiani, ciascun uomo è creato ad immagine di Dio ed è, individualmente, riscattato dal peccato col sacrificio del Cristo sulla Croce. In quanto persona, egli è in relazione diretta con Dio. Così, per la dottrina cristiana, l'uomo occupa una posizione particolare rispetto alle altre creature della terra, e viene distinto dagli animali proprio in base alle sue qualità spirituali. Dopo la Riforma, le dottrine protestanti — come quella del sacerdozio di tutti i credenti — teorizzarono la responsabilità di ogni singolo cristiano nell'interpretare il significato del Vangelo.

L'umanesimo esprime posizioni analoghe quando pone in risalto le qualità razionali dell'uomo, la sua unicità in quanto persona e la sua responsabilità in quanto soggetto morale. È la capacità dell'uomo di organizzare la propria vita in aderenza a precetti morali definiti, che costituisce la giustificazione primaria della teorizzazione del valore dell'essere umano in quanto persona. « Rispettare, amare, aver fiducia, sentire affetto per altri, considerare noi stessi oggetti di amore, stima e affetto è il nucleo essenziale del concetto dell'essere noi persone tra persone » (1).

Il principio del rispetto per la persona umana è alla base dei concetti di giustizia sociale già discussi nel capitolo terzo. L'idea

(1) C. FRIED, *Privacy*, in 77 *Yale Law Journal*, 1967, p. 477-8.

che ogni individuo goda di eguali diritti ne è una particolare espressione, in quanto « in virtù del fatto che sono tutte persone eguali, nessun individuo ha, rispetto ad un altro, un maggior diritto, a meno che non esistano valide ragioni che giustificino un trattamento particolare » (2).

Nel tipo di relazione sociale a contenuto 'familistico' il valore dell'individuo in quanto persona è assicurato dalla stima e dall'affetto che anima i componenti della comunità. La natura della relazione è tale, che ciascun membro ha la certezza di poter confidare nel rispetto degli altri. Fiducia e considerazione reciproche sono il prodotto delle caratteristiche personali di ciascuno. Comunità siffatte attenuano lo scontro tra i loro componenti e le norme giuridiche. Ad esempio, la società celtica originaria — a struttura soprattutto pastorale — rivelava in forma accentuata i tratti caratteristici della relazione di tipo 'familistico'. Nucleo sociale fondamentale era la famiglia estesa (*kindred*), il *derbfhine* d'Irlanda e della Scozia gaelica che copriva quattro generazioni. L'operato di un individuo poteva riflettersi su tutti i membri della famiglia; ciascuno aveva diritto ad una quota nell'assegnazione di ogni eredità, e ciascuno era tenuto ad assumere la propria parte di responsabilità per ogni ammenda imposta ad uno qualsiasi dei componenti del gruppo. Come scrive Nora Chadwick:

« Non esistevano forme di pagamento individuale. La 'famiglia' nel suo complesso o resisteva o cadeva. I suoi membri erano reciprocamente responsabili, e si sorvegliavano l'un l'altro nell'agire interindividuale. Così pure, ciascun gruppo di *kindred* controllava che ogni nucleo assumesse i propri doveri in qualità sia di tutore dell'ordine, sia di giudice. In società siffatte non avrebbe potuto esistere un metodo migliore per mantenere la giustizia su un equilibrio costante, e ciò contribuisce a spiegare la relativa scarsità di apparati giuridici che emerge dall'analisi di molti trattati giuridici [irlandesi] » (3).

(2) R. S. DOWNIE, *Roles and Values*, 1971, p. 47.

(3) *The Celts*, 1970, p. 114.

Tracce dello stesso spirito di gruppo sono riscontrabili ancora oggi in nuclei familiari strettamente uniti, che considerano se stessi come culturalmente distinti dal resto della società. Gli zingari, ad esempio, risolvono da soli le loro controversie, uniformandosi alle proprie consuetudini, e — fatta eccezione per i problemi che coinvolgono estranei — ricorrono alla legge raramente. Se ad un membro di una famiglia gitana dell'*East Anglia* viene contestata un'infrazione automobilistica, di solito, tutta la famiglia lo accompagna in tribunale e, qualora egli venga riconosciuto colpevole e multato, ognuno riterrà naturale autotassarsi per contribuire al pagamento della multa.

Nell'evolversi verso la dimensione dello stato, la società cessa di essere un insieme di gruppi di tipo 'familistico'. A questi si sostituiscono forme di relazioni sociali meno personali, non più imperniate su una costante solidarietà reciproca. In queste più recenti forme di relazioni il rispetto interpersonale non è dato per scontato. Le circostanze richiedono che ciascun componente sia trattato come un individuo, e la posizione dell'individuo nella società deve essere riconosciuta dalla legge. Inoltre il testo preciso della legge è più consono ad una società in cui ciascun componente sia trattato come individuo sussistente separatamente da ogni altro, piuttosto che come un semplice membro del gruppo. Storicamente, nella misura in cui le leggi sono divenute più sofisticate, esse hanno finito per fare dell'individuo, piuttosto che dei gruppi, il centro di imputazione di diritti e doveri. Ciò non implica, comunque, l'attribuzione di un valore particolare all'individuo in contrapposizione alla società.

La società dell'antica Roma considerava la proprietà come appartenente alla famiglia; tuttavia, già dalle prime fasi del suo sviluppo, attribuì la titolarità al *paterfamilias*. Questi poteva, ad esempio, disporre del fondo familiare, senza la necessità del consenso da parte degli altri componenti della famiglia. Tale potere di disposizione riguardava sia l'alienazione *inter vivos* sia quella fatta per testamento. Nel periodo precedente la fine della Repubblica, un testatore aveva, certo, l'obbligo di tener conto delle necessità dei discendenti, nel decidere la destinazione futura dei propri beni, ma a parte ciò, gli era concesso un ampio margine di discrezionalità. Questo aspetto del diritto romano viene

talvolta ricordato come prova nell'attaccamento dell'antica Roma al principio dell'individualismo nella sua connotazione moderna. Tale assunto è infondato. Infatti, il potere di disposizione, di cui godeva il *paterfamilias*, corrispondeva ad esigenze giuridiche e commerciali. L'esercizio di questo potere va visto in prospettiva, nel contesto di forze sociali come la buona fede, i doveri di reverenza familiare, e i doveri di buon vicinato, sussunti nel concetto dell'*officium*. Forze, queste, che — in pratica — ostacolavano notevolmente l'ambito di attuazione del potere del *paterfamilias*. Inoltre, ciò che il proprietario romano poteva fare dei propri beni (salvi i suoi poteri di disposizione) non era così illimitato come qualcuno, in epoca recente, ha lasciato intendere. Come vedremo (4), il diritto romano manteneva i diritti del proprietario entro i limiti del buon vicinato; e il supposto carattere « assoluto » del *dominium* è stato, in larga parte, ritrovato nei testi romani da giuristi di generazioni successive, privi delle categorie del giurista romano. Se veramente i Romani fossero stati individualisti nel senso moderno del termine, avrebbero modificato talune norme: come quella secondo cui i discendenti adulti (a meno di non essere formalmente emancipati) non potevano possedere beni propri, fino a quando il *paterfamilias* fosse stato in vita. La legge riconosceva agli stessi il diritto di controllo su quanto acquisito individualmente — con il servizio militare, ad esempio —, ma, tutti gli acquisti ereditari o le donazioni appartenevano al *paterfamilias*, e rientravano, pertanto, tra i fondi della famiglia di cui egli solo poteva disporre.

Secondo alcune tesi, nelle fasi iniziali del diritto inglese, la proprietà terriera, prima che agli individui, sarebbe stata attribuita alle comunità dei villaggi. In contrasto, Maitland (5) sostiene che, a questo riguardo, non può parlarsi di proprietà di una *corporation*; non è seriamente ipotizzabile che la proprietà della terra fosse attribuita a persone giuridiche prima che ad individui reali. D'altro canto, non poteva neppure trattarsi di comproprietà, che, nell'essenza, viene ad essere proprietà del singolo. Probabilmente questi concetti, in sé disparati, « erano in-

(4) *infra*, p. 303.

(5) *Domesday Book and Beyond*, 1907, p. 340 ss

timamente fusi in un qualche concetto, molto più vago, che non corrispondeva esattamente né all'uno né all'altro». Maitland si chiede se — quando si parla di fondi la cui titolarità appartiene ad una comunità prima che ad individui — si stia realmente parlando di proprietà. Viene in considerazione non tanto chi abbia il diritto di proprietà, quanto chi abbia il potere di utilizzazione e godimento. Un tale potere non implica alcun diritto di proprietà. All'interno di una comunità primitiva, il problema dell'ordinamento della proprietà terriera poteva anche non sorgere. Solo al momento in cui una comunità ha superato lo stadio pastorale e ha raggiunto un certo livello di sviluppo agricolo, si pone in essere l'esigenza del concetto di proprietà terriera. Maitland mostra che questo si concretizza ben presto in proprietà individuale. Nelle comunità dei villaggi germanici sembra non siano emerse alcune rivendicazioni individuali di proprietà. Appezamenti di terreno arabile erano posseduti da individui: l'unica cosa che la comunità si riservasse era il potere di regolarne le colture. Invero, «in passato, la *Flurzwang*, l'abituale rotazione di coltura e riposo, dev'essere apparsa, più che la conseguenza d'una regolamentazione umana, un ordinamento inalterabile, stabilito dalla natura delle cose in genere, e dalle condizioni di un acro in particolare» (6).

La natura delle norme giuridiche, e la precisione dei corrispondenti concetti, sembrano, quindi, richiedere un certo grado di individualismo. E tuttavia, non si tratta di individualismo inteso nel senso moderno: cioè quello che attribuisce un valore particolare agli interessi dell'individuo in contrapposizione a quelli della comunità di cui è membro. Né al diritto romano, né al diritto inglese originario, erano noti i «diritti dell'individuo».

I fondamenti dell'individualismo moderno possono esser fatti risalire alla speculazione sulla natura dell'esistenza, presente negli scritti di un francescano inglese del XIV secolo, Guglielmo di Occam (?). A giudizio dell'Occam, termini generali quali 'uomo' o 'animale', significavano ben poco; solo 'questo uomo' o 'que-

(6) *op. cit.*, p. 347.

(?) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 1968, p. 225 ss. (in particolare p. 241 ss.).

sto cavallo' esistevano come esseri reali. Lo stesso ordine francescano non aveva un'esistenza reale; esistevano, piuttosto, monaci francescani, viventi in comunità sparse per tutta Europa. Il loro fondatore, San Francesco, aveva imposto all'ordine da lui creato la regola della povertà. Esso non poteva pertanto possedere beni, ma aveva in pratica il godimento dei frutti e il controllo di vaste tenute. Dal punto di vista giuridico, la proprietà di questi beni rimaneva al papato, e i francescani ne godevano l'usufrutto. I papi tentarono di costringere l'ordine francescano ad accettare la proprietà dei beni, di cui, di fatto, godeva; ma Occam tentò di difendere la posizione francescana, soprattutto per quanto atteneva alla vita comunitaria. Egli teorizzò la distinzione tra la facoltà di usare una cosa, e il diritto soggettivo alla cosa stessa: solo il diritto implicava la possibilità di rivendicare la cosa in giudizio. Occam volutamente offrì un'immagine peggiorativa del diritto di proprietà. Lungi dall'essere una relazione giusta tra i membri di una comunità, un diritto soggettivo appariva, nelle sue parole, un mero potere affermato dalla legge. Così, il concetto di diritto soggettivo veniva disgiunto dall'ordine naturale e attribuito all'individuo, che acquisiva la facoltà di rivendicarlo in giudizio.

Gli scritti di Occam, pur avendo esercitato un influsso diretto molto limitato sulla speculazione giuridica, costituirono l'embrione della teoria secondo cui il diritto s'interessa dell'uomo in quanto individuo piuttosto che dell'uomo in quanto essere sociale, che svolge un proprio ruolo nell'ordine naturale delle cose. Nelle parole di Gierke: « il punto di partenza della speculazione filosofica cessò di essere l'umanità in senso lato; divenne lo Stato sovrano, individuale e autosufficiente; e questo Stato individuale fu inteso come basato su un'unione fra individui, in uniformità ai dettami del diritto naturale, per formare una società dotata di potere supremo » (8).

Le configurazioni del contratto sociale come base della società, prospettate da Hobbes e da Locke, pur differendo notevolmente nel carattere, prendevano entrambe le mosse dall'indi-

(8) *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800*, tr. E. BARKER, 1934, sec. 14.

viduo singolo in uno stato di natura. Uno dei risultati dell'insistenza sull'individuo fu la teoria dei diritti individuali inalienabili, espressa nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo nel XVIII secolo. Un altro risultato fu la teoria delle libertà naturali nell'ambito della politica economica. Adam Smith concepì una situazione in cui ciascun uomo «è lasciato perfettamente libero di perseguire il proprio interesse a suo proprio modo e di porre la propria attività e i propri capitali in competizione con quelli di altri uomini o gruppi»⁽⁹⁾. Nella teoria di Smith, la regola ideale per la prosperità economica consisteva nel permettere agli individui di appagare il proprio egoismo nell'ambito della tutela accordata dallo Stato alla formale uguaglianza di tutti nei confronti della legge. Ecco il punto centrale:

«L'uomo ha necessità, pressoché costanti, dell'aiuto dei propri simili, e vano sarebbe attenderselo soltanto dalla loro benevolenza. Avrà maggiori probabilità di ottenerlo, se potrà orientare il loro egoismo in suo favore, e mostrare che il fare ciò che lui chiede è per loro vantaggioso. Chiunque prospetti ad altri un affare vantaggioso, di qualsiasi natura, si propone di far così ... Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che aspettiamo il nostro pasto, ma dal riguardo che essi hanno per il loro stesso interesse. Ci volgiamo non al loro senso di umanità, ma al loro egoismo, né mai parleremo delle nostre necessità, ma piuttosto dei loro vantaggi. Nessuno all'infuori del mendicante sceglie di dipendere sostanzialmente dalla benevolenza dei propri concittadini»⁽¹⁰⁾.

Un sistema strutturato sulla base dell'utilità non poteva prescindere da una regolamentazione giuridica dei rapporti. Ciò era possibile solo in un sistema come quello secondo cui «l'amministrazione equa e imparziale della giustizia — che tutela i diritti del più modesto cittadino britannico nei confronti dei potenti, garantendo a ciascuno i frutti del proprio lavoro — dà il

⁽⁹⁾ *The Wealth of Nations* (1776), iv. 9 [trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, a cura di A. e T. Bagiotti, Torino 1975, p. 92, 851, 852, 953, 955].

⁽¹⁰⁾ *op. cit.*, I. 2 (Rogers ed. I. 15).

più ampio ed efficace incoraggiamento a qualsiasi tipo di attività» (11).

Lo stesso Smith proponeva, con le sue teorie, un modello ideale di economia imperniato sulla libertà naturale. Era ben consapevole del fatto che la sopravvivenza di istituzioni arretrate, e l'esistenza di privilegi corporativi e monopòli, in Inghilterra, costituivano una realtà ben lontana dall'attuazione di quegli ideali, e sollecitò interventi di riforma. Era anche consapevole delle ripercussioni d'ordine sociale legate allo sviluppo economico e della divisione del lavoro che questo implicava. Secondo la sua ottica, lo Stato dovrebbe tener conto della realtà della vita economica. Dovrebbe «imporre quasi a tutti l'obbligo dell'istruzione almeno per le parti più essenziali» (12), prima dell'accesso al lavoro, giacché tali misure, non solo favorirebbero l'incremento della produttività, ma contribuirebbero anche alla stabilità sociale. Solo una popolazione istruita potrebbe essere autenticamente libera. «Nei paesi liberi, dove la stabilità del governo dipende in gran parte dall'opinione favorevole del popolo sul suo operato, è senz'altro della massima importanza che esso non sia incline a giudicarlo in modo affrettato e irragionevole» (13). Smith percepì che potere e organizzazione politici da un lato, e potere e gestione economici dall'altro lato, sono strettamente collegati. Fra coloro i quali adottarono il suo modello di liberalismo economico, non tutti raggiunsero un grado di consapevolezza così profondo rispetto agli stessi problemi.

Nel pensiero giuridico, la teoria dell'individualismo del XIX secolo ebbe il suo momento di fulgore verso la metà del secolo stesso, poco prima che Maine esprimesse la famosa osservazione sul movimento delle società progressive dallo *status* al contratto. Il termine «individualismo» sembra essere stato impiegato per la prima volta — nella lingua inglese — in una traduzione di *De la Démocratie en Amérique* di Tocqueville, risalente al 1840. Nella definizione del Tocqueville, gli individualisti «non devono niente a nessuno, né da nessuno aspettano niente; assumono

(11) *op. cit.*, IV. 7 (Rogers ed. II. 192).

(12) *op. cit.*, V. I (Rogers ed. II. 369).

(13) *op. cit.*, V. I (Rogers ed. II. 372).

l'abitudine di considerare sempre se stessi come sussistenti di per sé, e sono inclini a ritenere che il loro intero destino sia nelle loro stesse mani » (14).

L'individualismo giuridico del XIX secolo è stato solitamente spiegato come una conseguenza della generale accettazione della dottrina del *laissez-faire*, con il suo rifiuto di ogni intervento statale suscettibile d'interferire con il libero uso della proprietà. J. W. Hurst ha sostenuto che una tale interpretazione è inadeguata (15); la prevalenza assunta dall'individuo e dai diritti individuali sarebbe da attribuire, in egual misura, al rilievo politico dell'istituto della proprietà privata ed al suo ruolo nella vita economica.

In Inghilterra, prima dell'avvento della rivoluzione industriale, il potere politico era limitato al ristretto cerchio formato dalla Corona, dalla chiesa ufficiale e dalla classe dei proprietari terrieri. L'incremento del commercio e dell'industria portò ricchezze a uomini nuovi, e questi intesero utilizzarle per l'acquisizione del potere politico. Naturalmente, essi favorirono « un ordinamento giuridico che desse loro ampia autonomia nella gestione delle risorse economiche, sulle quali era fondato il loro potere ». Tale ordinamento si fondava su tre idee: a) che il potere pubblico può prevalere sulle attività private solo se giustificato da un ragionevole interesse pubblico; b) che ogni limitazione alla libertà di decisione individuale deve essere approvata da un'assemblea sensibile alle esigenze della classe dei proprietari, come quella eletta sulla base del censo; c) che ognuno deve essere garantito quanto alla possibilità di ricorso a mezzi che assicurino una equa ed imparziale applicazione delle leggi in tema di proprietà, ed escludano provvedimenti come la concessione di monopoli o la discriminazione fiscale.

Il ruolo politico assunto dalla proprietà privata, insieme con l'idea che un continente inesplorato come quello americano fosse aperto allo spirito dell'iniziativa individuale, contribuì alla crea-

(14) [Cfr. trad. it. *La democrazia in America*, 2 voll. (tr. e prefaz. di G. Candeloro) Bologna 1953, vol. II, p. 114].

(15) J. W. HURST, *Law and the conditions of freedom in the nineteenth century United States*, Univ. of Wisconsin, 1964, p. 8 ss.

zione del mito di una età dell'oro, in cui la legge avrebbe lasciato all'uomo la libertà di badare a se stesso e disporre dei propri beni come meglio credeva.

« La realtà è un'altra. Non un antagonismo geloso al potere dello Stato, ma la liberazione dell'energia creativa dell'individuo era il valore dominante. Laddove la regolamentazione e l'imposizione di obblighi giuridici apparvero in grado di aprire maggiori spazi all'iniziativa individuale o di gruppo, non avemmo esitazione alcuna a ricorrere all'efficacia operativa delle leggi » (16).

L'esplosione delle energie individuali, infatti, mise in moto il meccanismo di vari processi evolutivi nel diritto, durante il diciannovesimo secolo. L'istituzione vitale per l'individualista è il mercato, e le operazioni di mercato fan parte della dinamica contrattuale. I contratti conferiscono un alto grado di autonomia e dalla legge furono posti in essere nuovi istituti tesi a incrementarne l'impiego. Le possibilità di contratto a distanza e su credito furono ampliate dalla creazione di strumenti giuridici quali cambiali, titoli di credito in genere, rappresentanti e agenti di commercio. Ma lo strumento giuridico più potente, affidato dalla legge all'iniziativa privata, è stato quello della società anonima, associato alla pratica del reperimento dei capitali su larga scala. Fu questa preoccupazione per il funzionamento del mercato che spinse i giudici a porre norme limitative della responsabilità. Così, nel caso *Hadley v. Baxendale* (17), del 1854, una corte inglese decise che i danni risarcibili nell'ipotesi di inadempimento contrattuale dovessero essere limitati a quelli « ragionevolmente prevedibili da entrambe le parti al momento della conclusione del contratto ». Questa decisione incoraggiava gli imprenditori, in quanto poneva a loro carico solo i rischi prevedibili. Così pure, la proprietà privata appariva essere apprezzata tanto per il suo potenziale di produttività in rapporto alle possibilità di investimento, quanto per il suo ruolo nel mantenimento della stabilità e dello *status quo*. « Il secolo diciannovesimo era

(16) *op. cit.*, p. 7.

(17) (1854) 9 Ex. 341.

incline ad un vigoroso e consistente impiego della legge per mantenere le condizioni ritenute essenziali alla migliore gestione dell'iniziativa privata. Il diritto fallimentare nacque soprattutto come misura di tutela dei creditori, contro l'eventuale disonestà dei debitori », ma si sviluppò « anche per creare gli strumenti a mezzo dei quali fosse possibile salvare i debitori da una rovina irreparabile e quindi recuperarli come imprenditori che possano di nuovo contribuire allo sviluppo del mercato » (18).

Nei paesi in cui il diritto privato aveva origini romanistiche, la tendenza del diritto romano a lasciare l'individuo libero di godere dei propri beni entro limiti di buon vicinato venne interpretata, nel secolo XIX, come una consacrazione del principio del capitalismo moderno. Invero Max Weber sentì il dovere di osservare:

« Alla luce della natura liberalistica del diritto privato romano, non è superfluo sottolineare il fatto che nessuno degli istituti giuridici caratteristici del capitalismo moderno — come titoli a reddito fisso, titoli al portatore, azioni, titoli di credito, compagnie commerciali (nella forma capitalistica moderna), ipoteche (intese come capitale d'investimento), gestione diretta — è derivato dal diritto romano » (19).

Molte delle istituzioni giuridiche introdotte nel corso del secolo scorso, allo scopo d'incrementare l'impiego di capitale a fini di investimento, costituiscono ancora i capisaldi del diritto contemporaneo. Oggi, tuttavia, il ruolo dell'imprenditore individuale ha perduto parte della preminenza che aveva in passato come promotore di prosperità economica, e il diritto è volto piuttosto all'individuo in quanto soggetto di responsabilità personale. Quest'ultimo problema richiede un'analisi più dettagliata.

Il principio del rispetto degli individui implica che ognuno è responsabile per le conseguenze della propria condotta. Il termine responsabilità viene inteso in vari sensi; e nel presente con-

(18) HURST, *op. cit.*, p. 26.

(19) *Wirtschaftsgeschichte*, 2ª ed. 1924, 292, cit. da F. SCHULZ, [cfr. trad. it. *I principi del diritto romano*, a cura di V. Arangio Ruiz, Firenze 1949].

testo esso vuole significare che un uomo è ritenuto responsabile solo quando abbia capacità di intendere e abbia possibilità di agire liberamente ⁽²⁰⁾. Non si considera, generalmente, responsabile chi ha provocato danni in stato di necessità, oppure chi non era in grado di conoscere fatti rilevanti della situazione, nel momento di arrecare i danni. La responsabilità personale postula quindi libera volontà nel momento dell'azione.

Responsabilità di gruppo.

Nei sistemi giuridici, per lo più, è individuabile il passaggio dalla responsabilità di gruppo alla responsabilità individuale. Qualora un figlio, sottoposto al potere del *paterfamilias*, avesse commesso un furto o provocato un danno alla proprietà di terzi, il diritto romano concedeva al proprietario un'azione contro il *paterfamilias*. Questi aveva la facoltà di scelta tra abbandonare il trasgressore al danneggiato, mediante un processo noto come *noxae deditio*, oppure risarcire i danni. Questa norma si applicava anche a casi di illeciti compiuti da schiavi; derivava dal diritto, del danneggiato, di vendicarsi sulla persona che aveva commesso l'illecito. Il gruppo familiare non poteva evitare la vendetta, se non con il pagamento di un riscatto. Se, prima di promuovere l'azione, il figlio veniva adottato da una seconda famiglia, era il nuovo *paterfamilias* ad assumere su di sé la responsabilità, perché era lui che, in quel momento, era garante della *compositio*.

Similmente, nell'ambito del diritto anglosassone antico, gli illeciti civili venivano vendicati tra gruppi di consanguinei o mediante pagamento di un compenso o mediante l'asservimento del trasgressore ai danneggiati. In epoca successiva, il gruppo parentale fu sostituito dall'unità territoriale, la centena, ovvero dal signore feudale; l'uno e l'altro erano obbligati a portare in giudizio i presunti trasgressori. « Il signore non doveva sottrarre un uomo alla legge, ma badare a che fosse resa giustizia; oppure pagare egli stesso il risarcimento al danneggiato, ed anche un'amenda al re » ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ DOWNIE, *op. cit.*, p. 56.

⁽²¹⁾ A. HARDING, *A Social History of English Law*, 1966, p. 19.

In questa fase, connessa alla responsabilità del gruppo, non sussisteva una netta distinzione tra responsabilità civile e responsabilità penale. Casi che oggi costituirebbero materia del diritto penale *stricto sensu*, erano allora oggetto di azioni civili. Nell'ambito del diritto romano, il furto veniva perseguito principalmente con una azione civile intentata dalla vittima; esisteva, tuttavia, l'alternativa del procedimento penale. All'interno dell'antica società romana, questa seconda alternativa non dava maggior profitto di quanto ne dia oggi. Fu l'introduzione dell'istituto della responsabilità nossale che rese utili le azioni civili per furto, in quanto permetteva di esperire una azione contro il *paterfamilias* del trasgressore, ovvero — qualora si trattasse di uno schiavo — contro il padrone. L'ammontare del risarcimento era fissato su un multiplo del valore dei beni rubati; e, il responsabile preferiva pagare almeno nei casi di un figlio, piuttosto che dar luogo alla *noxae deditio* del familiare.

Nell'antico diritto inglese, in un primo momento, la liquidazione dei danni a favore della vittima e la pena prevista per la turbativa della « pace del re », venivano determinate contestualmente; fu soprattutto per ragioni d'ordine processuale che si giunse alla distinzione tra l'azione penale e quella civile in ordine ad uno stesso illecito. Come scrive il Milsom:

« Da un punto di vista pratico, non è di per sé ovvio che un incidente stradale, ad esempio, debba esser seguito da procedimenti civili e penali distinti, i quali possono giungere a conclusioni differenti riguardo alla responsabilità. Da un punto di vista sociale poi, non è di per sé ovvio che i disincentivi civili e quelli penali debbano essere considerati separatamente, che i trasgressori debbano esser visti come contrapposti ad una società impersonale, e che le loro vittime o le altre persone rispettose della legge considerino l'intero problema come un affare ad essi estraneo » ⁽²²⁾.

La responsabilità di gruppo per i danni provocati da uno dei membri evita problemi, in situazioni in cui le cause del fatto

⁽²²⁾ MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, 1969, p. 358.

produttivo di danno siano di natura accidentale, ovvero il fatto stesso sia imputabile a persone incapaci. Invero, il gruppo agisce come un assicuratore contro tali eventualità. Secondo le consuetudini anglosassoni, « se un uomo perde il senno o il giudizio, e caso voglia che uccida qualcuno, lasciate che i suoi congiunti ripaghino la vittima ed esonerino l'omicida dai relativi obblighi. Se poi viene ucciso, prima ancora che sia reso noto se i membri del suo gruppo sono disposti ad intercedere in suo favore, coloro i quali lo hanno ucciso saranno responsabili nei confronti dei suoi familiari » (23). La separazione della responsabilità civile da quella penale accelera lo sviluppo del concetto di responsabilità personale.

Responsabilità civile.

Viene talvolta affermato, da parte di cultori di storia giuridica, che il diritto, nelle fasi iniziali, prevedeva che un uomo agisse a proprio rischio e fosse oggettivamente responsabile di qualsiasi danno derivasse dalla sua azione. Tale affermazione è ingannevole, se con essa si intende che nel diritto antico non si facesse distinzione tra l'atto accidentale e quello deliberato. La prima compilazione di diritto privato romano di cui si abbia conoscenza specifica — le Dodici Tavole, risalenti alla seconda metà del V secolo a.C. — distingueva fra il caso in cui un'asta fosse sfuggita di mano ad un uomo e il caso in cui questi l'avesse lanciata intenzionalmente (Tav. 8). L'atto accidentale era più facile da capire di quanto non fosse quello compiuto per errore o da persona incapace. Riferendosi all'apparente mancanza di interesse della legge biblica per il problema del danno accidentalmente causato dall'uomo, Daube scrive:

« L'atto accidentale non mostra la difettosa natura dell'uomo al suo massimo livello, ossia al livello del pensiero. Essenzialmente, esso è solo un'espressione di quella soggezione al fato, comune a tutto ciò che esiste: uomini,

(23) B. THORPE, *Ancient Laws and Institutes of England*, 1840, Additamenta 29, cit. da N. D. WALKER, *Crime and Insanity in England*, I, 1968, p. 15.

animali, e persino oggetti inanimati. L'eventualità in cui il giavelotto, con il quale sto allenandomi, colpisca un astante, non differisce, in fondo, da quella in cui la stessa persona venga colpita da un fulmine: l'unica differenza è che il cielo ha usato me come strumento, in luogo di usare una scarica elettrica. Il che non ha niente a che vedere con il mio essere razionale» (24).

Il diritto romano classico in materia di danni alla proprietà era basato sulla *lex Aquilia*, che concedeva una azione a favore del proprietario che avesse subito danni alle cose «ingiustamente» (*iniuria*). Veniva lasciato ai giuristi il compito di definire cosa fosse *iniuria* (25). Da principio, si intese ciò che era privo di giustificazione specifica. Ed è possibile che all'inizio, in assenza di tale giustificazione, la responsabilità fosse una responsabilità oggettiva, sebbene il riferimento al caso dell'asta sfuggita di mano, che figura nelle Dodici Tavole e riferentesi ad un periodo molto anteriore, suggerisca il contrario. Certo, già intorno alla fine della Repubblica si riteneva che una persona avesse agito «illecitamente» solo quando avesse arrecato danni con dolo o con colpa (Gaius, *Inst.* III. 211). Il termine *culpa* giunse a significare mancanza della dovuta diligenza, ma in origine veniva usato per esprimere il nesso causale tra l'atto di Tizio e il danno patito da Caio. Cosicché, vi fu un periodo in cui il convenuto si opponeva alla domanda dell'attore, significando in quel modo, normalmente, che egli non aveva compiuto l'atto, ma suffragava la propria eccezione con prove indicanti che, anche se l'atto era il suo, non vi era sua colpa.

Il diritto romano classico contemplava tre tipi distinti di responsabilità civile: *dolo*, *culpa* e *casu*. Se fra le parti non preesisteva alcun rapporto — contrattuale o d'altro tipo — la responsabilità per illecito non superava, normalmente, la *culpa*. Nel diritto classico vi erano dei casi speciali, in cui considerazioni d'utilità sociale, da un lato, e la difficoltà della prova dal-

(24) *Roman Law: linguistic, social and philosophical aspects*, 1969, p. 149.

(25) [Cfr. GAIUS, *Inst.* III. 210 e ss.] cfr. altresì F. H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, 1950, p. 14.

l'altro, portavano ad ipotesi di responsabilità oggettiva ⁽²⁶⁾. Esempi di tal genere erano quelli dell'*actio de ejectis et diffusis* e della responsabilità di titolari di locande per furti commessi da dipendenti o clienti. È significativo che nel diritto romano successivo si cercò di spiegare l'attribuzione di responsabilità in questi casi ricorrendo ai concetti di *culpa in vigilando* e *in eligendo*.

Il *common law* inglese mostra uno sviluppo analogo. Con riguardo al periodo medioevale, Milsom osserva:

« In tutta la serie degli *year books* non compare mai, per i casi di *trespass*, una difesa basata sulla accidentalità del fatto; il che ha indotto molti storici a pensare che la responsabilità fosse oggettiva. Se tale stato di cose fosse accettato nella società inglese del tempo, è un quesito al quale è estremamente difficile rispondere. Probabilmente, inaccettabile lo divenne solo con l'invenzione della polvere da sparo e di altre materie esplodenti, capaci di arrecare danni del tutto sproporzionati a ciò che la gente comune considerava come livello medio di colpa. L'uomo medioevale poteva più agevolmente figurarsi quel che poteva fare la propria forza o quella del proprio cavallo » ⁽²⁷⁾.

In questo modo Milsom dà una spiegazione semplice del fatto che, in tali casi, non fosse ammessa alcuna eccezione di esonero dalla responsabilità, come, ad esempio, quella che il convenuto aveva, sì, commesso l'atto, ma era giustificato: l'accidentalità del fatto non era irrilevante nel periodo medioevale; ma veniva assimilata all'eccezione generale, in materia di *trespass*, di non aver commesso il fatto e, pertanto, era rimesso alla giuria decidere sul punto in quanto questione di fatto. L'eccezione opposta dal convenuto di non aver commesso il fatto equivaleva alla formula: 'non sono stato io'. In alcuni casi, tuttavia, l'assunto era che il convenuto non avesse *causato* il danno. Perciò, come

⁽²⁶⁾ P. STEIN, *The nature of quasi-delictal obligations in Roman law*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1958, p. 563; cfr. P. B. H. BIRKS, *The problem of quasi-delict*, in *22 Current Legal Problems*, 1969, p. 164 ss.

⁽²⁷⁾ *op. cit.*, p. 254-5.

nel diritto romano; la formula 'non sono stato io' divenne 'non è per colpa mia'.

Sia nell'ambito del diritto romano che in quello del diritto inglese, il principio 'nessuna responsabilità senza colpa' divenne profondamente radicato. Sua giustificazione fu il valore dell'individualismo, l'idea che un uomo dovrebbe badare a se stesso, che tutto quanto egli chiede è che gli altri non interferiscano nelle sue scelte, e che le disavventure dovute al fato dovrebbero sopportarsi con spirito stoico. Questo atteggiamento è stato considerato da alcuni come il migliore per la vita sociale. Così Henry Sidgwick si esprime nel suo *Elements of Politics*: « In vista della felicità generale di ogni società, è d'importanza fondamentale che i suoi membri agiscano con impegno e vigore in ogni attività; per cui la regola in base a cui ciascun uomo agisce a proprio rischio ed è responsabile di tutte le conseguenze dannose derivanti dalle proprie azioni si tradurrebbe in una grave interferenza con i valori dell'individualismo »⁽²⁸⁾.

Come è stato rilevato nel precedente capitolo, le eccezioni al principio «nessuna responsabilità senza colpa» sono state rare, e soprattutto limitate alle attività ad alta incidenza di rischio, dov'è probabile il verificarsi di diversi incidenti. In casi del genere, la responsabilità dell'operatore economico è giustificata sulla base del fatto che dovrebbe essere corrisposto un indennizzo come parte dei costi di gestione dell'impresa, ripartito, in definitiva, tra i consumatori, mediante l'aumento dei prezzi. In questi casi, il riconoscimento di una responsabilità oggettiva ha causato difficoltà ai teorici del diritto, ai quali apparve un regresso verso stadi più arretrati del sistema giuridico. Esso infrangeva il principio secondo cui il diritto non dovrebbe richiedere l'impossibile. « Se un uomo è considerato responsabile di uno stato di cose per il quale non può esser biasimato ... allora egli ha imputato a se stesso responsabilità per un evento che oltrepassa i suoi poteri. Interpretare il diritto secondo questo orientamento porta a ritenere un uomo responsabile dell'imperativo: 'questo non deve accadere', imperativo al quale non è possibile obbedire »⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ 4^a ed., 1919, p. 114-15.

⁽²⁹⁾ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 71.

L'ipotesi secondo cui la responsabilità per illeciti civili è basata sulla colpa nasce dalla considerazione che un atto illecito (*tort*), come la parola stessa suggerisce, è un atto ingiusto (*wrong*). I danni liquidati in un giudizio per fatto illecito costituiscono, quindi, una penalità da pagarsi per una qualche azione ingiusta, e che non dovrebbe ricadere sul convenuto quando risulti che egli non fu in grado di evitare ciò che ha fatto. In breve: la responsabilità per illecito presuppone una responsabilità morale. Come si è visto, in origine esisteva — nell'ambito del diritto romano — una sostanziale coincidenza fra illeciti civili e penali, allo stesso modo che fra *torts* e reati nel *common law* antico. L'eventualità che un trasgressore fosse chiamato a rispondere in un giudizio penale oppure civile, ovvero ancora, in un giudizio diretto a stabilire contestualmente la pena a suo carico e il risarcimento a favore del danneggiato, dipendeva spesso da considerazioni di pura natura processuale. Nel corso del secolo passato, in alcune occasioni, il legislatore inglese ha conferito alle corti penali una serie di poteri limitati attinenti all'attribuzione di risarcimenti alle vittime di reati, ovviando, in tal modo, alla necessità di istituire separati giudizi civili di risarcimento. La materia è oggi disciplinata dalla organica previsione di cui al *Criminal Justice Act* del 1972. Un giudice penale, nel condannare un imputato, può oggi ordinargli di pagare una somma di denaro a titolo di risarcimento per le lesioni personali o altri danni che, secondo il giudice, sono conseguenza del reato. È contemplata un'importante eccezione che riguarda le lesioni, perdite o danni risultanti da incidenti stradali. Tale commistione di elementi penali e risarcitori in casi ove l'illecito è anche un reato, ha contribuito a consolidare il concetto dell'illecito civile come atto ingiusto, e tale connotazione è giunta a permeare casi di responsabilità per illecito dove non sussiste alcuna ipotesi di reato.

D'altro canto, funzione fondamentale del *law of torts* è quella di assicurare un risarcimento a chi ha subito un danno. In Scozia, questo settore del diritto è noto col nome di *reparation*; esso guarda ai problemi della responsabilità civile dal punto di vista del danneggiato. Una volta stabilita l'entità dei danni, la somma da liquidare viene, di solito, perequata solo in rapporto all'en-

tità del danno subito dal soggetto, indipendentemente, quindi, dal grado di colpa del convenuto. In relazione a ciò, l'approccio individualista ha prodotto ingiustizia. Ad esempio, il *common law*, così come il diritto romano classico, stabiliva che, qualora Tizio avesse citato Caio per il risarcimento di danni causati da Caio, e questi fosse stato in grado di dimostrare che Tizio aveva mancato di prendere ragionevoli precauzioni per la propria sicurezza personale, Caio poteva validamente resistere alle pretese di Tizio. In altre parole, quest'ultimo poteva reclamare i danni per l'«atto ingiusto» commesso da Caio soltanto nel caso che egli stesso fosse esente da colpa (*innocent*). Questa difesa, basata sul «concorso di colpa» (*contributory negligence*), permetteva di sottrarsi alla responsabilità per un danno, imputabile a titolo di colpa, arrecato a terzi, nei casi in cui fosse risultato che la vittima avrebbe potuto evitare il danno, solo che avesse agito con attenzione. Nell'approccio individualista si vede l'azione in termini di «o/oppure», «lui o io». Nel 1945 il *Law Reform (Contributory Negligence) Act* attribuì ai giudici la facoltà di ripartire il danno proporzionalmente al grado di colpa imputabile a ciascuna delle parti. Perciò la liquidazione dei danni è ridotta alla misura che, di volta in volta, appare equa, in rapporto al livello di corresponsabilità di chi agisce per il risarcimento. Abbandonando il criterio del «tutto-o-niente», la legge ha riconosciuto una certa coincidenza d'interessi fra le parti coinvolte in un «incidente».

Possono verificarsi casi in cui, nonostante una giusta esigenza di risarcimento, il diretto responsabile, cioè colui che ha direttamente causato il danno, o è un «uomo di paglia», privo dei mezzi finanziari necessari per soddisfare le pretese risarcitorie della vittima, oppure non può esser scoperto o rintracciato. In questi casi, può essere che le parti del procedimento intentato per stabilire su chi debba ricadere il danno, siano entrambe esenti da colpa, vittime di un illecito compiuto da una terza parte. Inoltre, nell'ottica dell'individualismo, l'azione giudiziaria è vista come un conflitto tra interessi distinti, uno dei quali deve essere preferito all'altro, ed esclude la soluzione che stabilisce una coincidenza d'interessi imponendo alle parti di dividere il danno.

Coloro i quali respingono il concetto di centralità del principio di colpa nella responsabilità per illecito civile, neppure intendono sostituirlo con un principio generale di responsabilità oggettiva, per tutte le conseguenze dannose d'un atto, anche se prevedibili. Ciò risulterebbe, in molti casi, altrettanto ingiusto rispetto al convenuto, quanto è ingiusta l'insistenza sulla prova di colpa rispetto all'attore. Essi tengono, piuttosto, a sottolineare l'inconsistenza di un sistema di norme che manchi di prendere atto dell'istituto dominante in questo campo, ossia l'assicurazione. In determinati casi i giudici, di fatto, condannano al risarcimento dei danni il convenuto assicurato, anche in assenza della usuale prova di colpa. Da parte della giurisprudenza si richiedono *standards* di diligenza particolarmente elevati, e si ritiene che sussista colpa da parte del convenuto perfino in circostanze in cui egli non abbia potuto evitare il danno; viene applicato, infatti, il principio del *res ipsa loquitur*, secondo cui un convenuto è responsabile quando le circostanze del caso sono tali che il danno non sarebbe potuto accadere a meno che egli non fosse stato negligente. Così i giudici, conducendo con successo il gioco della 'caccia all'assicurato', effettuano, in realtà, una distribuzione della perdita subita dalla vittima su un ampio settore della collettività. Quanto più frequentemente ciò si verifica, tanti più potenziali convenuti decideranno di assicurarsi contro i pericoli di eventuali responsabilità. Lord Denning — ritenendo che un automobilista alle prime armi è tenuto ad esercitare lo stesso grado di perizia nella guida di un automobilista con molta esperienza — ha affermato: « In questo campo del diritto stiamo allontanandoci dal concetto 'nessuna responsabilità senza colpa'. Stiamo ora iniziando ad applicare il criterio 'su chi deve ricadere il rischio?' Da un punto di vista morale l'allievo automobilista non ha colpa; ma da un punto di vista giuridico, egli è responsabile perché è assicurato, e deve di conseguenza assumersi i rischi »⁽³⁰⁾.

La disciplina in materia di risarcimento è stata oggetto di attenzione da parte dell'opinione pubblica in occasione della nascita di un alto numero di bambini focomelici, a seguito dell'as-

⁽³⁰⁾ *Nettleship v. Weston* [1971] 3 All E.R. 581 at 586.

sunzione, da parte delle gestanti, di un farmaco a base di thalidomide prodotto dalla *Distillers Company Ltd.* Dopo trattative durate una diecina d'anni, non si riuscì a raggiungere una transazione soddisfacente rispetto alle pretese dei genitori coinvolti ed esplose allora una campagna a loro favore, a livello sia di stampa sia di Parlamento. Nel corso della lunga vicenda fu tacitamente ammessa la responsabilità della casa farmaceutica e la questione principale divenne quella dei limiti del risarcimento da accordare alle famiglie delle vittime. Fu avanzata la tesi, secondo cui un'industria che ponga sul mercato un farmaco con quelle caratteristiche assume, al di là di ogni considerazione di colpa, la responsabilità di risarcire coloro che sono danneggiati dall'uso del farmaco stesso. Nel caso di una ditta delle dimensioni della *Distillers* non esistevano dubbi sulla sua capacità di sopportare un tale danno, mediante un ritocco dei prezzi di vendita, trasferendo così la perdita sugli acquirenti dei suoi prodotti, oppure a mezzo della sua struttura assicurativa. Furono, comunque, sollevate varie argomentazioni contrarie ad una adozione generale di questo principio; esse furono così sintetizzate da I. M. Kennedy:

« Progressi e innovazioni, soprattutto nel campo dei medicinali, sono auspicabili, e non vengono certo incoraggiati da minacce di massicce responsabilità per sventure imprevedibili. In secondo luogo, esiste un limite alle possibilità d'intervento sulla struttura dei prezzi, per le industrie che intendano preservare la propria solvibilità. Terzo, le compagnie d'assicurazione private potrebbero semplicemente mancare delle risorse finanziarie necessarie per far fronte a catastrofi di questa portata. Infine, la moralità del far ricadere sull'impresa la perdita è, quanto meno, opinabile » ⁽³¹⁾.

L'accettazione della validità di queste argomentazioni condurrebbe alla eliminazione delle perdite accidentali dalla sfera della responsabilità civile, e alla loro disciplina mediante un sistema d'assicurazione statale obbligatoria. L'elaborazione di un

⁽³¹⁾ *The Times*, 12 January, 1973.

piano fondato sul criterio della coincidenza d'interessi, in luogo degli interessi separati degli individui, verrebbe ad essere estesa alla collettività nel suo insieme. Ciò non significherebbe necessariamente che chi non abbia osservato gli elevati *standards* di diligenza possa, automaticamente, contare sui fondi di previdenza per sanare le conseguenze dei propri inadempimenti. Per i casi in cui la colpa possa essere provata, l'ente previdenziale potrebbe rivalersi agendo contro i responsabili del danno, così come avviene oggi. La differenza consisterebbe nel fatto che il problema dell'indennizzo — ossia se concederlo, e in quale misura, oppure no — non verrebbe più a dipendere da fattori quali la colpa o le risorse finanziarie di chi ha provocato il danno. Così pure, il piano potrebbe prevedere un adeguamento dei livelli di risarcimento per i casi in cui le vittime fossero parzialmente responsabili della perdita. In tal modo, l'elemento deterrente dell'attuale normativa in materia di illeciti sarebbe mantenuto ⁽³²⁾. Questo elemento opera principalmente nei casi in cui il convenuto sia una grossa impresa. Un datore di lavoro, il quale debba pagare forti indennizzi per incidenti accaduti nella propria azienda, affronterà presumibilmente qualsiasi sforzo finanziario, pur di garantire ai propri dipendenti le massime norme di sicurezza. Una casa editrice che sappia che dovrà, in prima persona, sostenere onerosi risarcimenti a chi venga, eventualmente, diffamato a mezzo di opere di sua pubblicazione, sarà particolarmente accurata nel vagliare la verità di affermazioni potenzialmente nocive, prima che esse vengano date alle stampe. Per inciso va detto che, poiché l'offesa all'onore della persona non è, per sua stessa natura, quantificabile in termini monetari, si è sempre

⁽³²⁾ E. L. JOHNSON, in *No Liability Without Fault - The Soviet View* (in *20 Current Legal Problems*, 1967, p. 170) afferma, con riferimento al diritto sovietico: « La concezione ufficiale è che un'ampia sicurezza sociale e le assicurazioni sociali non rendono necessaria, per il diritto della responsabilità, l'imposizione della responsabilità in altri casi: poiché tale diritto ha, innanzitutto, funzione di deterrente piuttosto che compensatoria, e questa funzione verrebbe meno se si ammettessero ampie rotture al principio 'nessuna responsabilità senza colpa' ». Il numero di accoglimento dei ricorsi contro un'organizzazione è considerato come un segno della sua efficienza; cfr. B. RUDDEN, *Soviet Insurance Law*, 1966, p. 159-171.

convenuto che i risarcimenti per casi di diffamazione debbano contenere un sostanziale elemento di punizione.

Responsabilità contrattuale.

Nel diritto romano classico, come pure nel *common law*, l'individualismo ha un forte rilievo anche nella materia dei contratti. Quei giuristi ritenevano che — sebbene la validità dei vari tipi di contratto fosse legata al rispetto di determinate forme — ogni contratto avesse a suo fondamento una *conventio*, liberamente raggiunta fra le parti (D. 2. 14. 1. 3). Il contratto era, essenzialmente, l'espressione della loro libera volontà. Il principio *pacta sunt servanda*, secondo il quale gli accordi liberamente conclusi devono essere rispettati, nonché il principio di *bona fides*, secondo cui le obbligazioni sorgenti dai contratti sono da intendersi in uniformità a quanto richiesto dalla buona fede, pervadono l'intera materia dei contratti. Quando risultava che un accordo non era stato raggiunto liberamente, o era viziato da errore, dolo o violenza, esso cessava di essere vincolante per le parti. In tutti gli altri casi, si dava per valido che un uomo che avesse dato la propria parola lo avesse fatto liberamente e dovesse, perciò, mantenerla. Di norma, il promittente veniva o considerato responsabile quando ometteva — sia con *dolo* sia con *culpa* — di adempiere i propri impegni. Egli invece non era responsabile per l'impedimento dell'adempimento delle proprie prestazioni determinato da caso fortuito: ciò, a meno che l'adempimento degli obblighi fosse stato promesso anche per questi casi. In alcune forme particolari di contratto, la parte che non riceveva alcun vantaggio dal contratto stesso era responsabile solo in caso di inadempimento doloso; la *culpa lata*, intesa come indifferenza rispetto alle conseguenze di un qualche atto, era considerata equivalente al dolo. Così, salvo che fosse disposto diversamente, un depositario a titolo gratuito, cioè incaricato di custodire una cosa mobile senza corrispettivo, il quale avesse danneggiato per sua colpa la cosa da lui tenuta in custodia, non ne rispondeva: mentre se avesse tratto un vantaggio dal contratto veniva considerato responsabile del danneggiamento. È questo il cosiddetto principio di utilità.

Nell'ottica del diritto romano, quando un uomo libero concludeva un contratto — e solo uomini liberi potevano farlo — si dava per scontato che egli fosse libero in ogni senso della parola. A nessuno passava per la mente che la condizione economica e sociale di un individuo potesse essere tale da non permettergli, in pratica, alternative. Come disse Fritz Schulz, in materia di *locatio*:

« I giuristi scrissero ed operarono per la classe dei *beati possidentes*, alla quale appartenevano essi stessi, e la loro coscienza sociale si era sviluppata in modo distorto. Nutrivano scarso interesse per i lavoratori, e l'idea di proteggere essi e i miseri affittuari di appartamenti e appezzamenti di terreno contro il capitalismo era del tutto estranea alle loro menti ... Le parti erano perfettamente libere di stipulare contratti come meglio volevano, il che — in questo caso — significava come meglio voleva il capitalista » (33).

Il diritto del periodo post-classico mostrò maggiore sensibilità riguardo al potere contrattuale delle parti. Nel caso in cui un venditore avesse acconsentito a dare una cosa per un prezzo eccessivamente basso, il diritto classico considerava valido ed efficace il contratto, con la motivazione che esso rappresentasse la volontà delle parti. Se un uomo aderiva volontariamente ad un negozio per lui svantaggioso, non era compito del diritto liberarlo dalle conseguenze. Il diritto del tardo Impero invece si trovò ad affrontare la realtà dei potenti proprietari terrieri, che erano in grado di imporre pressioni economiche pressoché intollerabili sui piccoli proprietari riluttanti a vendere loro le proprie terre. A questa situazione fu trovato rimedio nel principio noto come *laesio enormis*, in base a cui una vendita veniva considerata valida solo nel caso che il compratore avesse equiparato il prezzo al livello giudicato giusto dal giudice (34). Il principio della *laesio*

(33) *Classical Roman Law*, 1951, p. 545.

(34) H. F. JOLOWICZ, *The origin of laesio enormis*, in *Juridical Review*, 1937, p. 50-72. Questa norma fu probabilmente introdotta da Diocleziano per i contratti di vendita, per i casi in cui i giudici consideravano il prezzo eccessivamente

enormis fu adottato da tutti i sistemi di *civil law*; tuttavia, esso trovò applicazione in quelli di tali sistemi, come ad esempio quello francese, maggiormente permeati da idee paternalistiche. Un'obiezione al principio è quella che il diritto si sostituisce qui alle parti, nella formazione del contratto, invece di dar loro una piena responsabilità al riguardo. Le parti non sono libere di impegnarsi come vorrebbero, se l'esito le danneggia troppo. Una disciplina più progredita in materia contrattuale fece la sua apparizione tardi nel *common law*. Maitland, avendo osservato che, al momento della conquista normanna, vi erano forme primitive di contratto, aggiunse: «Dovevano ancora trascorrere molti secoli, prima che il contratto acquisisse la prevalenza che noi oggi gli riconosciamo. Anche nelle teorie di Hale e Blackstone esso figura come un puro complemento dei diritti reali (*law of property*) » (35). Il moderno diritto inglese in materia contrattuale si è formato nel XIX secolo ed è stato influenzato dalle dottrine filosofiche dell'epoca sul libero volere. I *common lawyers* conoscevano i vizi, quali l'errore e la violenza — così come avevano già fatto i giuristi romani — e furono, come loro, altrettanto lenti nel riconoscere la necessità di creare mezzi di tutela a favore della parte più debole in certi tipi di contratto in relazione alle attività di mercato:

« Lo sviluppo economico legò l'esistenza di un numero sempre crescente di individui al mercato e alla divisione del lavoro; si trattava di stipendiati o salariati, di piccoli produttori o commercianti in settori specializzati di beni o servizi. Teoricamente, il compratore soggiace alle effettive pressioni del mercato nel cui ambito egli opera; se non acconsente ne resta escluso. E tuttavia, chi trae dal mercato la totalità dei propri mezzi di sussistenza, è troppo vulnerabile per poterne restare fuori » (36).

basso. Successivamente essa fu applicata tutte le volte che il prezzo in un contratto era inferiore alla metà del prezzo giusto; esemplificando così il processo d'irrigidimento di uno *standard*; *infra*, p. 132.

(35) POLLOCK-MAITLAND, *History of English Law*, 1911, II. p. 184.

(36) HURST, *op. cit.*, p. 75.

Il *common law* del XIX secolo riuscì a proteggere la parte debole, dagli effetti del mercato, meno bene di quanto non fosse riuscito a proteggere il mercato stesso dai tentativi d'impiegare i contratti per ridurre la sua efficienza. Ne è un chiaro indice l'interesse dimostrato dal diritto per le clausole restrittive del commercio. Il principio dell'energia individuale fu affermato in diretta opposizione ad esse.

Nel secolo scorso, la posizione dei salariati e dei commercianti è stata migliorata da normative approvate come risultato delle pressioni delle loro organizzazioni. In campo industriale, la contrattazione collettiva ha largamente sostituito il contratto di lavoro individuale. Tuttavia, solo in anni recenti si è prestata attenzione alla necessità di tutelare il consumatore individuale contro le forze poderose operanti nel mercato. Ad esempio, l'*Hire Purchase Act*, del 1965, restringe la formale autonomia delle parti riguardo ai rapporti di *hire-purchase*, imponendo al proponente (*seller-letter*) di dichiarare il prezzo d'acquisto dei beni oggetto del rapporto, e di badare a che il contratto sia redatto per iscritto e sia firmato dall'acquirente (*buyer-hirer*), cui deve essere consegnata una copia, altrimenti il contratto è inefficace. Tale disposizione legislativa pone bruscamente fine alla possibilità di sollevare l'individuo dalle responsabilità inerenti ad imprevidenza o inesperienza. Col sottoporre all'attenzione delle parti gli aspetti giuridici di rilievo inerenti al rapporto da concludere ed in particolare gli obblighi dei quali essi intendono farsi carico, il diritto cerca di assicurare che la responsabilità contrattuale nasca soltanto quando essa sia stata frutto di una volontà autenticamente libera.

Responsabilità penale.

Il rispetto dei sistemi giuridici occidentali per il valore dell'individuo ha dato luogo a particolari conflitti e difficoltà con riguardo all'attribuzione della responsabilità penale. Lo scopo del diritto penale non è soltanto quello di preservare l'ordine e la morale pubblica ⁽³⁷⁾, ma anche quello di mantenere un senso di

⁽³⁷⁾ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957, Cmnd. 247, (Wolfenden Report), par. 13.

sicurezza all'interno della comunità. Esso infatti agisce da deterrente nei confronti delle condotte antisociali con il ricorso alle sanzioni penali; inoltre neutralizza le tensioni nascenti da desideri di vendetta dei cittadini rispettosi della legge, ricorrendo al principio della pena come retribuzione. Sir James Stephen ha detto: « il diritto penale sta alla passione della vendetta come il matrimonio agli appetiti sessuali »⁽³⁸⁾. In entrambi i casi, comunque, sia con la privazione della vita, della libertà o dei beni, sia con la riprovazione sociale connessa alla condanna, il diritto sacrifica l'individuo al bene superiore della comunità. Questo dilemma è stato espressamente affrontato dal giudice Holmes:

« Si obietta che la teoria della prevenzione sia immorale ... Secondo Kant, questa teoria tratta gli uomini come se fossero cose, e non come persone; quindi, quali mezzi e non fini. Si dice ancora che questa teoria sia in conflitto col senso di giustizia e violi il principio fondamentale di tutte le comunità libere, secondo cui tali comunità hanno eguali diritti alla vita, libertà e sicurezza per sonale.

A dispetto di tutto ciò, la più gran parte di giuristi di lingua inglese probabilmente accetterebbe senza esitazioni la teoria della prevenzione. Per quanto attiene alla violazione di uguali diritti, si potrebbe rispondere che il dogma dell'uguaglianza imposta un'equazione solo tra individui, e non tra individuo e comunità. Nessuna società ha mai ammesso di non poter sacrificare alla propria esistenza il benessere individuale. Quando una società ha bisogno di soldati per il suo esercito, li prende e li fa marciare, sotto la spinta delle baionette, verso la morte »⁽³⁹⁾.

Tale descrizione è, invero, incompleta, in quanto non tiene conto dell'elemento della riprovazione sociale connessa alla condanna penale. « Ciò che differenzia la sanzione penale da quella civile ... è il giudizio di biasimo sociale che accompagna e giu-

⁽³⁸⁾ *General View of the Criminal Law of England*, 2ª ed. 1890, p. 99.

⁽³⁹⁾ *The Common Law*, 1881, p. 42-3.

stifica la sua imposizione » (40). Il soldato costretto a marciare verso la morte è celebrato come eroe; il condannato è, invece, sottoposto all'odio della società. Nelle parole di Fried: « il sacrificio del soldato è un atto che esprime il suo rapporto di fiducia e solidarietà nella giustizia, con il resto della comunità. Ma un uomo condannato per crimine è accusato di abuso di fiducia dai propri concittadini ... Il problema della condanna penale è moralmente inquietante, e un sistema di procedura penale che sia giusto deve esserne un riflesso » (41).

Segno della inquietudine costante del diritto al riguardo è il rilievo conferito, in ogni tempo, alle garanzie della difesa nel processo penale, come pure « l'opinione comune ... secondo cui è meglio che dieci colpevoli sfuggano alla pena, piuttosto che un solo innocente subisca una condanna immeritata » (42). Per queste stesse ragioni, la responsabilità penale viene addossata ad individui responsabili anche sotto il profilo morale; avendo essi infatti libera scelta, si sono deliberatamente esposti al biasimo della società.

Questo punto di vista è collegato ad una specifica concezione dell'uomo in quanto persona moralmente responsabile. In alcuni sistemi giuridici primitivi, l'obiettivo primario, di mantenere la pace ed eliminare la piaga delle faide, è stato perseguito senza tener conto della responsabilità individuale. Così, nell'Inghilterra del XIII secolo, se veniva commesso un crimine in un villaggio e il responsabile non veniva assicurato alla giustizia, l'intera popolazione del villaggio era « condannata a pagare un'ammenda » al re (43). Il diritto non era tanto interessato ad identificare le responsabilità inerenti a ciascun crimine specifico, quanto piuttosto a perseguire la persona che con maggiore probabilità l'aveva commesso. Nell'*Assize of Clarendon* (del 1166) una giuria si fece

(40) H. M. HART, *The Aims of the Criminal Law*, in 23 *Law and Contemporary Problems*, 1958, p. 401 e 404.

(41) *Anatomy of Values*, 1970, 127-8.

(42) Per Lord Reid in *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1968] 2 All E.R. 356 a p. 366. Si noti il contrasto con il 'Report of the Criminal Law Revision Committee', *supra*, p. 112 ss.

(43) Cfr. HARDING, *op. cit.*, capitolo 3.

carico di incriminare una persona come un 'notorio ladro' e cercò, in questo modo, di evitare che la responsabilità ricadesse sull'intera comunità, sacrificando un individuo. La differenza fondamentale fra un atteggiamento di questo tipo e i concetti liberali riconosciuti della personalità dell'individuo appare evidente quando lo si raffronti con le leggi del nazional-socialismo. « Il diritto penale tradizionale definisce un ladro sia alla luce dei suoi atti sia alla luce delle sue intenzioni. La scuola fenomenologica lo definisce sulla base della sua personalità. Per cui, ladro è chi lo è « in essenza » (*wer seinem Wesen nach ein Dieb ist*). Il giudice deve decidere per intuizione quando sia il caso di condannarlo e quando no. Non potrebbe esserci una più completa negazione della razionalità del diritto, né un miglior mezzo per terrorizzare le masse, senza i limiti posti da regole certe » (44).

Comunque, laddove il rispetto per l'individuo rappresenta un valore riconosciuto, sotto il profilo etico viene considerato al limite della tollerabilità il fatto che egli possa essere privato dei propri diritti quando venga dimostrato colpevole di un atto antisociale specifico e anche moralmente responsabile di esso. Il fattore fondamentale che portò il diritto inglese ad accogliere questo postulato fu l'influenza della Chiesa. « La teoria del *common law*, che il criminale è responsabile dei propri atti personali, deriva direttamente dal concetto cristiano dell'uomo fornito di libero arbitrio. La sua massima più celebrata, *actus non facit reum nisi mens sit rea*, prima di essere adottata dal diritto era un precetto di teologia morale » (45). Inizialmente, l'influsso della Chiesa fu diretto a mitigare gli eccessi di un sistema di giustizia primitivo. Così, il re Canuto, sensibilizzato dall'arcivescovo Wulfstan, ebbe a dichiarare che: « tra i vari atti di un uomo, quelli compiuti sotto coazione meritano la maggior clemenza, data l'impossibilità dell'autore di agire altrimenti; chiunque agisca al di fuori della propria volontà non è del tutto assimilabile a chi agisce intenzionalmente » (46). Doveva ancora trascorrere molto

(44) F. NEUMANN, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism*, 1942, p. 370 [trad. it. *Behemoth: Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, traduz. di M. Baccianini, introd. di E. Collotti, Milano 1977, p. 405].

(45) N. ST. JOHN STEVAS, *Life, Death and the Law*, 1961, p. 14.

(46) Cit. da HARDING, *op. cit.*, p. 24.

tempo, tuttavia, prima che la responsabilità penale giungesse ad esser giudicata in base alla verifica della responsabilità morale dell'individuo. Il *common law* ha, per tradizione, considerato gli elementi soggettivi dei reati come impossibili da dimostrare. Come affermò *Chief Justice* Brian nel 1477: «È nozione comune che il pensiero d'un uomo non potrà essere giudicato, giacché nemmeno al diavolo è dato conoscerlo»⁽⁴⁷⁾. Ai giudici non restava che accertare se il convenuto aveva compiuto oppure no l'atto contestato. Il fatto che lo avesse compiuto involontariamente era irrilevante. Un tale orientamento poté mantenersi nell'ambito della responsabilità civile, ove poteva presumersi la conoscenza, da parte dell'individuo, delle implicazioni del proprio agire. In materia penale invece — a causa della stretta correlazione tra reato da un lato e peccato e trasgressione morale dall'altro — la colpevolezza dell'imputato doveva essere condizione della responsabilità penale. Lo scopo originario del processo penale era la retribuzione per il torto fatto alla comunità; non era imputabile chi avesse agito per errore oppure fosse insano di mente. Il principio retributivo della pena è concepibile solo in riferimento a persone moralmente responsabili delle proprie azioni.

Questo concetto di responsabilità morale ha influito sulla definizione dei reati. È comunemente ritenuto ingiusto riprovare la condotta di un individuo quando egli non sia in colpa. «Se il reato viene considerato prescindendo da queste considerazioni, si giunge a condannare persone la cui condotta non sia riprovevole: è questa un'ingiustizia, che attira discredito sul diritto»⁽⁴⁸⁾. L'essenza dell'ingiustizia consiste nel fatto che se un uomo è

(47) Y. B. Pasch. 17 Edw. iv. f. 1 pl. 2 at f. 2: *car comen erudition est que l'entent d'un home ne serra trie, car le diable nad consaunce de l'entent de home*; la nozione divenne un luogo comune del tempo, cfr. Y. B. Hil. 17 Edw. iv. f. 3 pl. 2, in cui Wood rileva: «Ho appreso come una massima che ad un individuo non possa essere accordata un'azione che dipenda solamente dalle intenzioni di una persona, poiché queste non possono essere verificate giudizialmente.»

(48) Per Lord Reid in *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* [1971] 2 All. E.R. 127 a p. 131; cfr. anche *Warner v. Metropolitan Police Commissioner* [1968] 2 All. E.R. 356 a p. 365; *Sweet v. Parsley* [1969] 1 All. E.R. 347 a p. 349.

condannato, è soggetto ad un marchio d'infamia. Ciò spiega il motivo per il quale i giudici sono molto più propensi ad ammettere la responsabilità senza colpa per trasgressioni di natura non strettamente penale, in quanto esse non implicano una riprovazione morale, « ma sono atti che, per pubblico interesse, vengono sanzionati con una pena » (49). La giustificazione di queste norme di responsabilità oggettiva va ricercata nel fatto che esse « non sono dirette a punire la volontà criminale, ma piuttosto a sensibilizzare persone negligenti ad adempiere i loro obblighi nell'interesse della salute o sicurezza pubblica o della morale » (50). In casi in cui la condanna non è legata a questo senso dell'ingiustizia, viene ignorata la pur valida obiezione degli utilitaristi, secondo cui un uomo che abbia fatto tutto ciò che rientra entro i limiti delle proprie capacità (e tutto ciò che, obiettivamente, ci si attende dall'uomo ragionevole) non può essere forzato a *standards* giuridici di condotta più elevati — e forse irraggiungibili — mediante la minaccia della responsabilità oggettiva.

Lo sviluppo del concetto di responsabilità personale nel diritto penale è anche caratterizzato dal riconoscimento di cause di giustificazione come caso fortuito, violenza, provocazione, errore. Esse sono delle condizioni esimenti che, in tutto o in parte, annullano la responsabilità morale e penale dell'individuo per il danno risultante dalle sue azioni. Il loro fondamento è ancora una volta collegato a quello di un essere dotato di libera volontà. Come ha affermato Hart: « se un individuo viola la legge — senza che ci sia nessuna delle cause di giustificazione — si ritiene che egli abbia agito volontariamente »; o si potrebbe dire che « avrebbe potuto evitare ciò che ha fatto » (51). In altre parole, queste 'difese' equivalgono — in molti casi — ad una confutazione della sussistenza della colpevolezza (*mens rea*). Ne è un buon esempio la rigorosa limitazione, da parte dei tribunali inglesi, dei casi in cui la violenza può essere allegata come difesa: cioè solo quando « la volontà dell'imputato sia stata annullata da

(49) Cit. da Vct. Dilhorne in *Alphacell Ltd. v. Woodward* [1972] 2 All E.R. 475 a p. 483.

(50) R. POUND, *The Spirit of the Common Law*, 1921, p. 52.

(51) *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 28.

minacce di morte o di lesioni personali gravi al punto che, la commissione del reato contestato non risulti più un atto volontario dell'imputato stesso » ⁽⁵²⁾.

I problemi della responsabilità penale divengono particolarmente acuti nel caso di imputati mentalmente anormali. L'infermità mentale era stata già riconosciuta dal diritto penale medioevale; la giuria aveva facoltà di pronunciare un verdetto speciale in cui si dichiarava che l'accusato aveva commesso il fatto criminoso, ma era folle: conseguiva, normalmente, il perdono del re. Già nel 1700, la giuria poteva pronunciare un verdetto generico di non colpevolezza, quando riteneva che l'imputato fosse pazzo all'atto del crimine. Le persone insane venivano solitamente internate; spesso gli unici luoghi che, in pratica, potevano accoglierli erano le prigioni, preferibili comunque — come alternativa — al patibolo o alla deportazione conseguenti alla condanna. La difesa d'infermità mentale divenne un punto fermo nella prassi penale del XVIII secolo, nel corso del quale si andò sviluppando una sempre maggiore coscienza riguardo alla natura particolare del problema sociale del malato di mente.

La sentenza relativa al caso *McNaghten* ⁽⁵³⁾ (1843) chiarisce il problema. L'imputato, affetto da una forma di schizofrenia manifestantesi come mania di persecuzione, aveva deciso di assassinare sir Robert Peel e, in realtà, uccise il suo segretario. Le prove testimoniali mediche furono tutte addotte dalla difesa, nessuna dall'accusa. Il *Lord Chief Justice* Tindall riassunse le testimonianze in favore della sussistenza d'infermità mentale; la giuria pronunciò un verdetto di non colpevolezza e McNaghten fu assegnato al Bethlem Hospital (susseguentemente, fu tra i primi ricoverati di sesso maschile nel Broadmoor). Il verdetto suscitò la violenta reazione dell'opinione pubblica; immediatamente si levarono accese proteste contro il fatto che la legge permettesse agli assassini di sfuggire alla giustizia. Il *Times* invitò, sarcasticamente, « quei signori altamente dotati di cultura e talento speculativo, a chiarire e divulgare — a edificazione

⁽⁵²⁾ Per Widgery L.J. in *R. v. Hudson* [1971] 2 All E.R. 244 a p. 246.

⁽⁵³⁾ (1843) 10 Cl. & F. 200; per una sintesi cfr. WALKER, *op. cit.*, p. 90 ss.

delle persone, come noi, ordinarie — quale sia mai la linea di delimitazione tra sanità mentale e pazzia, e quali i segni esteriori e tangibili dell'una e dell'altra ... ». Il risultato fu che i giudici posero in essere la normativa, che divenne successivamente nota con la denominazione di *McNaghten rules*; in base ad essa: chiunque deve esser ritenuto sano di mente fino a quando non sia provato il contrario; ma un imputato ha diritto all'assoluzione quando sia possibile dimostrare che egli soffre d'un difetto di ragione — dovuto ad infermità mentale — tale da rendere evidente che, al momento dell'atto, non poteva essere in grado di percepire la natura e le qualità dei suoi atti, ovvero — anche se vi riusciva — non era però in grado di capire che quanto stava compiendo costituiva un illecito. Uno stato maniacale costituisce difesa solo quando, sussistendo, crei una giustificazione all'atto. Dalle *McNaghten rules* però non era previsto l'impulso irresistibile; talché, a tenore di queste norme, l'assoluzione — fondata, appunto, sulla sussistenza di impulsi irresistibili — risultava inaccettabile. Recentemente, la controversia sull'infermità di mente, dal punto di vista del diritto penale, si è venuta polarizzando tra due scuole che, per comodità, chiameremo « dei moralisti » e « degli utilitaristi ». Per la morale, un uomo che non sia moralmente responsabile del danno causato, non dovrebbe esser punito ⁽⁵⁴⁾. La maggior parte dei reati sono moralmente riprovevoli, e una persona non dovrebbe esser punita per un reato quando per le circostanze del caso non possa essere espresso nei suoi confronti un giudizio di riprovazione. Un atto può, naturalmente, essere reato anche quando non sia, in se stesso, riprovevole; ma, come si è visto ⁽⁵⁵⁾, proprio il fatto che il diritto lo abbia previsto come reato, impone su tutti i cittadini l'obbligo morale di obbedire alla legge e di astenersi dal commetterlo, a meno che non esistano obblighi morali confliggenti, sentiti come più elevati. Anche nel caso di questi crimini, perciò, i moralisti ritengono che un uomo moralmente innocente, in quanto vittima di errore o di un vizio mentale, non deve essere punito.

⁽⁵⁴⁾ J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2^a ed. 1960, p. 83-104.

⁽⁵⁵⁾ *ante*, p. 65 ss.

Per gli utilitaristi, un tale approccio è un danno, peraltro evitabile ⁽⁵⁶⁾. Difese quali quella dell'infermità mentale sono opportune solo quando il legislatore si ispira al principio di retribuzione. Ma, se il fine del diritto penale è quello d'impedire al trasgressore stesso di causare ulteriori danni alla società, insieme a quello di dissuadere altri dall'agire nel modo in cui egli ha agito, allora queste difese sono irrilevanti. Si eviterebbe, ad esempio, del danno se si impedisse la guida agli automobilisti soggetti a incidenti, proprio per questi precedenti. Il vero problema non è come punire un uomo per un delitto commesso, ma come la società deve trattarlo al fine di impedire la ripetizione dei crimini. Il trattamento riservatogli dovrebbe essere basato su considerazioni di prevenzione e efficacia deterrente. In questa prospettiva, ogni giudizio di riprovazione della condotta dell'imputato è irrilevante.

Ciò è soprattutto vero nel caso dello psicopatico, la cui condizione esaspera i margini d'indeterminatezza inerenti « alla linea di demarcazione tra il sano e il folle », e che, a causa della propria condizione, costituisce una particolare minaccia per la società ⁽⁵⁷⁾. L'ostilità della società nei confronti di ogni limitazione di responsabilità dello psicopatico ha radici profonde. « Il punto nodale dell'intero problema tocca il concetto secondo il quale, al momento in cui l'Io giunge all'acme di esaltazione, diviene 'moralmente irresponsabile': principio, questo, molto conveniente al quale però l'umanità si troverà a dover aggiungere il corollario in base a cui, ogniqualevolta scopra l'esistenza di un individuo affetto da una psicopatia pienamente sviluppata, deve farlo impiccare senza esitazioni! » ⁽⁵⁸⁾. Poiché le implicazioni della psicopatia esulano dall'ambito della definizione d'infermità mentale legata al caso *McNaghten*, si ricorse a un compromesso basato sul concetto di responsabilità *ridotta*, che entrò a far parte del diritto inglese con l'*Homicide Act* del 1957. Tale difesa par-

⁽⁵⁶⁾ B. WOOTTON, *Social Science and Social Pathology*, 1959, p. 227-67; *Crime and the Criminal Law*, 1963, p. 41-57.

⁽⁵⁷⁾ N. D. WALKER - S. McCABE, *Crime and Insanity in England* II, 1973, capitoli 9 e 10.

⁽⁵⁸⁾ *Pall Mall Gazette*, 21 January 1885, citato da WALKER e McCABE, *op. cit.*, p. 213.

ziale serve, comunque, solo a ridurre la responsabilità e, con essa, l'imputabilità, in ordine a condanne dall'omicidio intenzionale all'omicidio colposo. Non attiene a casi di psicopatici imputati di altri crimini e, anche dentro questo ambito, la corte può talvolta essere dell'opinione che, « nonostante vi sia una sostanziale riduzione di responsabilità [può], tuttavia, dimostrarsi che il detenuto abbia, rispetto ai fatti specifici per cui è incriminato, una qualche responsabilità per l'atto da lui compiuto e, per questo, debba essere punito » (59). Anche quando la corte decida per il trattamento medico — in sostituzione della condanna — e ordini il ricovero in ospedale in base al *Mental Health Act* (1959), l'imputato resta soggetto a tutte le conseguenze della condanna penale. Egli diviene, per esempio, incapace di ricevere per testamento dalla persona che ha ucciso (60).

Il piano generale del ricovero coatto, conforme all'*Act* del 1959, ha suscitato forti critiche per il fatto che, in caso di reato grave, esso diventa operativo solo a seguito di una condanna dell'imputato infermo di mente — nonostante questa si riduca ad una formalità — mediante la procedura di *plea bargaining* (*). È stato inoltre posto in dubbio se la corte, contemplando l'ordine del ricovero ospedaliero, non abbia adottato una forma di « utilitarismo appropriato al caso », che abbandoni i concetti irrilevanti di risarcimento e di deterrente (61). Certo, per i casi di crimini gravi, o per quelli ove « si renda necessaria la protezione del pubblico », i giudici hanno mostrato sfiducia nelle autorità ospedaliere, insistendo nell'emanare ordini restrittivi (62).

È contro questo stato di cose che Lady Wootton si è battuta a favore dalla 'soppressione della responsabilità' e per l'introduzione di un concetto di prevenzione e riabilitazione, radicalmente nuovo, totalmente scisso da quello della colpa o *mens rea*.

(59) Per Parker L.C.J. in *R. v. Morris* [1961] 2 Q.B. 237 a p. 243.

(60) *Re Giles (deceased)* [1971] 3 All E.R. 1141.

(61) WALKER-McCABE, *op. cit.*, capitolo 5.

(62) Cfr. Practice Note in *R. v. Gardiner* [1967] *Crim. L. R.* 231. Cfr. pure *R. v. Gunnell* (1966) 50 Cr. App. R. 242; WALKER-McCABE, *op. cit.*, p. 88.

(*) [La procedura di *plea bargaining* consiste, molto brevemente, in ciò che l'imputato si accorda con il rappresentante dell'accusa per confessare in giudizio la propria colpevolezza, in vista di una mitigazione della pena].

La « condizione dello psicopatico », ella sostiene, « rende assurdo qualsiasi tentativo di distinguere tra delinquente malato e delinquente sano ... Di fatto, essa costituisce il modello di un circolo vizioso per cui, l'anomalia viene inferita dall'agire antisociale, e l'agire antisociale viene spiegato a mezzo dell'anomalia mentale » (63). In ordine all'affermazione di Lord Parker (secondo cui « non esistono strumenti scientifici per misurare il grado di difficoltà che la persona anormale incontra nel controllare i propri impulsi ») (64), Lady Wootton ha, ancora, affermato: « sembrerebbe quindi che la logica, l'esperienza e il *Lord Chief Justice* ci portino, tutti, alla stessa conclusione: ossia all'impossibilità di definire una qualsiasi attendibile misura di responsabilità, in rapporto alla facoltà d'un individuo di agire in modo diverso da come abbia agito » (65).

I problemi relativi alla colpa e alla responsabilità in caso di psicopatia sono certo complessi. Non per questo, tuttavia, è giustificata la proposta della soppressione della responsabilità sulla base di motivazioni così limitate; l'utilitarismo di Lady Wootton è in opposizione al valore prevalente della responsabilità individuale, che costituisce il fondamento del diritto penale.

Hart si è opposto all'orientamento utilitaristico, sostenendo che gli obiettivi di prevenzione e deterrente nel diritto penale devono esser perseguiti a condizione che restino salvi certi principi suscettibili di limitarne gli effetti. Non riconoscendo le difese di errore o infermità mentale, si finirebbe per considerare gli uomini cose piuttosto che persone, mezzi piuttosto che fini. Per dirla con le sue parole:

« La società umana è una società di persone; e le persone non vedono se stesse o gli altri come corpi i cui movimenti occorre talvolta prevenire o modificare. Al contrario, le persone interpretano i movimenti reciproci come manifestazioni d'intenzioni e scelte, e questi fattori soggettivi sono spesso più importanti, per le loro relazioni sociali, di quanto non siano i movimenti che li manife-

(63) *Social Science and Social Pathology*, p. 250.

(64) *R. v. Byrne* (1960) 44 Cr. App. R. 246 at 253.

(65) *Crime and the Criminal Law*, *cit.*, p. 74.

stano o i loro effetti. Quando un individuo colpisce un altro, la persona colpita non vede l'altro come una mera causa del proprio dolore fisico; infatti, è per lui di cruciale importanza che il colpo sia stato deliberato o involontario ».

Tesi centrale di Hart è che il diritto deve riflettere non solo i comuni giudizi morali, ma anche le distinzioni che pervadono l'intero complesso della nostra vita sociale. Il diritto « verrebbe meno al suo compito se trattasse gli uomini come meri oggetti alterabili, prevedibili, curabili o manipolabili » (66).

Il presupposto della responsabilità personale per l'applicazione delle sanzioni penali dà all'individuo la facoltà di determinare — con le sue scelte — il proprio futuro: « esso massimizza il suo potere d'individuare preventivamente lo spazio che gli sarà lasciato, libero dalle interferenze della legge » (67). Se, per caso, emergessero elementi imprevedibili e i suoi atti risultassero pregiudizievoli a terzi, non gli saranno comminate le stesse sanzioni penali che la legge prevede per gli atti intenzionali. La stessa legge lo giustificherà, quando egli abbia fatto del proprio meglio, operando scelte corrette, e il danno risulterà conseguente a caso fortuito o errore. Dal punto di vista dell'utilità sociale, un sistema siffatto comporta chiaramente rischi maggiori di quanti ne comporterebbe il sistema opposto, per cui si prescinde dal riferimento alla volontarietà dell'atto. Ma è preferibile per la società correre qualche rischio, come prezzo del riconoscimento generale che ogni suo membro è una persona, il cui destino dipende dalla sua scelta. Certo, per un determinista, tutto l'agire umano dipende da fattori che esulano dal controllo dell'individuo singolo, ed è un'illusione pensare che si possa liberamente scegliere tra linee d'azione alternative. I risultati della scienza finora acquisiti non sono, comunque, sufficienti a persuadere la maggior parte dell'umanità ad accettare il credo determinista.

Non ci resta che individuare una linea di compromesso tra la posizione dei moralisti e quella degli utilitaristi. In alcuni casi,

(66) H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 182-3; cfr. R. DWORKIN, *Morality and Law*, in *New York Review of Books*, XII, 10, 1969 p. 31-33.

(67) H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 181.

la società deve tenere sotto custodia e curare un individuo, proprio in quanto egli non è in grado di controllare i propri atti; tale è il caso, tuttavia, solo se il lasciarlo libero comporti pericoli effettivi per la società stessa, indipendentemente, quindi, dalla commissione o meno di un suo atto criminoso. La soluzione proposta è ben differente da quella che pretende di sottoporre un uomo « al trattamento che, secondo l'esperienza, appare il più idoneo ad ottenere i fini desiderati »⁽⁶⁸⁾, quando cioè appaia probabile ottenere come risultato la riduzione della criminalità. I valori della difesa sociale e della responsabilità individuale devono sempre postularsi e giustificarsi reciprocamente, allo scopo di mantenere un equilibrio. Come affermò Lord Denning, nel caso *Bratty v. A. G. for Northern Ireland*: « L'idea tradizionale che solo la difesa possa sollevare la questione dell'infermità mentale è oramai superata. Ha diritto di farlo anche l'accusa, e ne ha anche il dovere, non essendo accettabile che si lasci in libertà una persona pericolosa »⁽⁶⁹⁾.

Il diritto accoglie ed esprime le aspettative e le reazioni su cui è fondata la vita sociale. Per questo è importante lasciare alla giuria il problema inerente alle condizioni mentali degli imputati penali. In un caso australiano (*Thomas v. R.*), il giudice Dixon interpretò la riluttanza dei giudici nell'affidare alla giuria il problema dell'infermità mentale dell'imputato come risultante della preoccupazione « che, ove la legge permettesse che questa difesa venisse rimessa alla giuria, gli imputati potrebbero esser liberati con troppa facilità ». E proseguì: « Non è difficile capire tendenze del genere, ma la mancanza di fiducia nella capacità dei tribunali di valutare correttamente le prove inerenti alle condizioni mentali, e simili, dell'imputato, non potrà mai costituire una giustificazione per escludere dall'accertamento delle responsabilità quello che è l'elemento di maggior rilievo presente in ogni codice penale che sia umano e razionale »⁽⁷⁰⁾.

Le spinte sociali, tese all'abbandono della responsabilità individuale in materia di risarcimenti per danni subiti da singoli,

⁽⁶⁸⁾ WOOTTON, *Crime and the Criminal Law, cit.*, p. 80.

⁽⁶⁹⁾ [1963] A.C. 386 a p. 411.

⁽⁷⁰⁾ (1937) 59 C.L.R. 279 a p. 309.

sono di gran lunga meno forti nel caso delle responsabilità inerenti a reati contro la società. Per l'opinione pubblica, a ciascun reato dovrebbe essere correlata una pena; questo è un problema che riguarda l'individuo e la sua personalità. L'individuo che, con un suo atto, ha danneggiato la comunità, continua, ciò malgrado, ad esserne membro; non verrà estromesso dall'ambito della legge, come avveniva nelle società primitive. Continuerà a detenere il diritto di venir trattato come un componente della comunità; e ciò stesso gli assicura determinate garanzie, giacché la responsabilità penale coinvolge il valore della libertà personale a livelli molto più profondi di quanto non accada nella responsabilità civile.

LIBERTÀ PERSONALE

In un ordinamento sociale impersonale, il principio del rispetto della persona implica il fatto che l'individuo sia ritenuto responsabile delle conseguenze delle proprie libere scelte. Lo stesso principio implica altresì che ogni individuo debba godere di un'area d'attività entro cui è libero di esercitare le proprie scelte.

Un uomo è normalmente considerato libero nella misura in cui l'ingerenza altrui non gli impedisce di fare ciò che desidera. L'impossibilità di realizzare ciò che si vuole non è necessariamente mancanza di libertà; può essere conseguenza di incapacità personali. Per dirla con le parole di Helvétius: «uomo libero è chi non sia in catene, o rinchiuso in carcere, o terrorizzato, come uno schiavo, dal terrore delle punizioni ... non volare come un'aquila o nuotare come una balena non è mancanza di libertà» (1). L'uomo è libero nella misura in cui gli altri non interferiscono, deliberatamente, nelle sue azioni personali.

Nessuna società può, tuttavia, concedere ai propri membri assoluta libertà da restrizioni umane. È fuor di dubbio che, se ognuno fosse libero di perseguire il proprio interesse particolare senza riguardo per gli interessi altrui, alcuni si troverebbero a poter assoggettare altri, e, così, a potere usare la propria libertà come strumento d'oppressione. Inoltre, se — come abbiamo suggerito — la maggiore motivazione al considerare la libertà come un valore è il rispetto della persona, affinché a ciascuno sia dato il rispetto dovutogli è necessario che la libertà soggettiva postuli la sussistenza di obblighi oggettivi. Il principio della libertà non

(1) Cfr. I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, 1969, p. 122, n. 2.

deve perciò mai essere disgiunto da quello dell'uguaglianza, perché ciascuno abbia — nella comunità — uguali possibilità di fare quanto desidera, ma solo nella misura in cui chiunque altro possa agire allo stesso modo.

Per i romani, la libertà era attributo della comunità piuttosto che dell'individuo ⁽²⁾. Nella maggior parte delle discussioni sull'argomento, la libertà implicava l'appartenenza ad un popolo libero. Un popolo libero non era soggetto ad alcuna autorità esterna, ed era perciò in grado di governare se stesso. Quando, tuttavia, si riferivano alla libertà personale, i romani non si curavano troppo di proteggere il cittadino da interferenze dello Stato e dei suoi funzionari. Invero, il diritto romano concedeva ben pochi strumenti di tutela contro atti compiuti in nome dello Stato. Si preoccupava, piuttosto, di controllare il campo d'azione di ogni individuo rispetto ai suoi simili, ed era soprattutto consapevole del rapporto tra questa libertà e il diritto privato. Nella loro concezione, la libertà individuale postulava l'esistenza di un diritto ugualmente obbligatorio per tutti. Tacito asserì che solo gli sciocchi identificano la libertà con la licenza di fare qualsiasi cosa piaccia (*Dialogus* 40). E Cicerone, così si esprese in un brano famoso: « Siamo schiavi della legge, per poter essere liberi. Non fosse per le restrizioni imposte dalla legge, ciascuno potrebbe fare ciò che meglio gli aggrada, e il risultato sarebbe la distruzione della libertà a mezzo dell'eccesso » (*Pro Cluentio*, 146).

La coazione, che interferisce con la libertà, può assumere forme più subdole degli ostacoli materiali. Può avvenire che un uomo si trovi nell'incapacità di realizzare i propri fini, non a motivo di impedimenti fisici, né perché manchi di potenziale capacità d'attuarli, ma, piuttosto, a causa della presenza di ordinamenti e istituzioni esterne che rendono per lui difficile o impossibile conseguire i suoi fini. È in questo senso che si parla di libertà economica. Un individuo che debba affrontare spese per cibo, alloggio, istruzione, assistenza medica o legale, i cui costi superino i suoi livelli retributivi, non può dirsi più libero di quanto sarebbe in presenza di impedimenti fisici. Nella misura in cui

(2) CH. WIRSZUBSKI, *Libertas as a political idea at Rome during the late Republic and early Principate*, 1950, rist. 1960, p. 7 ss.

egli ritenga di muoversi entro un 'sistema' che non gli permette di guadagnare in quantità adeguata — sistema oppressivo in quanto teso a privilegiare altri a sue spese — si considera non libero.

Parlare di libertà ha poco significato con riferimento ad un individuo che ancora si dibatta tra problemi inerenti a cibo e casa, per sé e per la propria famiglia. D'altro canto, nella misura in cui la società ritiene prioritari obiettivi diversi — come, ad esempio, quello della sicurezza, del progresso economico e della giustizia sociale — l'ambito della libertà viene ad essere ristretto. Affinché il cittadino possa usufruire di strutture sociali quali l'istruzione pubblica per i propri figli o i servizi sanitari per l'assistenza medica, diventa necessario coprire i costi mediante il prelievo fiscale; per conseguenza, saranno le norme fiscali a limitare, nel cittadino, la libertà di disporre pienamente del proprio denaro. Il principio del rispetto della persona richiede che la società non massimizzi il bene collettivo fino a livelli che sovrastino gli interessi fondamentali dell'individuo. Ciascuno deve godere di un'area minima d'autonomia entro cui determinare e risolvere la propria facoltà di scelta. La teoria della giustizia di John Rawls chiarisce la natura del problema.

Secondo Rawls, il principio basilare della giustizia è che ogni individuo abbia un eguale diritto al più esteso sistema di libertà fondamentali, compatibile con un sistema analogo di libertà per tutti. Questo principio ha priorità sull'altro principio della giustizia, cosicché la libertà (soggettiva) può essere limitata soltanto in nome della libertà stessa. « Esistono due possibilità: (a) una libertà meno estesa deve rafforzare il sistema totale della libertà condivisa da tutti, e (b) una libertà meno che uguale deve essere accettata da quegli stessi cittadini, la cui libertà è stata ridotta »⁽³⁾.

Tale dottrina si basa sulla tesi secondo cui la giustizia non permetterà all'individuo di accettare un grado di libertà minore di quella che egli ha in cambio d'un incremento del benessere economico. Un assunto siffatto presuppone che l'individuo possa — effettivamente — esercitare i propri diritti fondamentali.

⁽³⁾ J. RAWLS, *Theory of Justice*, p. 250.

Rawls ammette che — se le condizioni sociali sono tali da non permettere che i diritti fondamentali vengano garantiti a tutti — si rende necessario sacrificare la priorità della libertà per un vantaggio economico. La riduzione della libertà può permettere un aumento del livello di benessere economico, fino al punto in cui la libertà d'azione abbia significato per tutti. « La negazione di una libertà uguale può essere accettabile solo quando sia necessario espandere la dimensione qualitativa del vivere civile cosicché, in un tempo appropriato, tutti possano godere di libertà uguali » (4). Man mano che le condizioni sociali migliorano, il valore dei vantaggi sociali ed economici correlati alla riduzione della libertà decresce. Corrispondentemente, nella misura in cui le condizioni per l'esercizio della libertà eguale vengono realizzate più pienamente, le istanze relative aumentano. All'interno di una società povera, la libertà personale ha un valore minore di quanto non abbia il conseguimento delle condizioni necessarie per godere della libertà. Acquisito un certo livello di sviluppo sociale ed economico, la libertà s'impone.

Gli obiettivi riconosciuti allo Stato nel XVIII secolo non superavano di molto il mantenimento dell'ordine pubblico in seno alla comunità e la difesa dalle aggressioni esterne. Allo Stato moderno si chiede molto di più: non solo la garanzia delle condizioni minime indispensabili all'esistenza, ma anche il miglioramento della qualità della vita mediante servizi sociali e il divieto dello sfruttamento delle risorse private, contro gli interessi della comunità nel suo insieme. Quanto più ci si attende dallo Stato, al di là del mantenimento dell'ordine pubblico, tanto più le restrizioni della libertà personale vengono a rendersi necessarie, per il conseguimento di quegli obiettivi.

La libertà personale è spesso collegata alle forme di governo democratiche e, in prospettiva storica, è forse stata meglio tutelata nell'ambito dei sistemi democratici che in quelli di altro tipo. Tuttavia, non esiste una connessione logica, o necessaria, tra la dimensione della sfera della libertà personale goduta dai cittadini singoli e la forma di governo sotto cui essi vivono. Come disse Sir Isaiah Berlin: « può presumersi che, nella Russia di Fe-

(4) *op. cit.*, 542; cfr. p. 152.

derico il Grande, o nell'Austria di Giuseppe II, uomini d'immaginazione, originalità e genio creativo — nonché, invero, minoranze d'ogni tipo — fossero fatti segno a persecuzioni e subissero pressioni, a livello sia d'istituzioni che di costumi sociali, meno di quanto non avvenisse in seno a molte democrazie, precedenti o successive» (5). John Stuart Mill sollevò lo stesso problema, quando rilevò che, all'interno di una società, autogoverno (*self-government*) non significa governo di ciascun cittadino, ma di ciascuno tramite tutti gli altri. «Inoltre, la volontà del popolo si traduce, in pratica, nella volontà della *parte* più numerosa e più attiva di esso; la maggioranza, ovvero coloro i quali riescono a farsi riconoscere come tale; la nazione *può*, dunque, voler opprimere una parte di se stessa, e precauzioni sono necessarie contro tale eventualità, quanto lo sono contro qualsiasi altro abuso di potere» (6). Le pressioni sociali al conformismo non dipendono dalla forma di governo, ma dalla tradizione di tolleranza propria della comunità.

La linea di delimitazione fra gli interessi collettivi e quelli individuali deve essere stabilita e garantita dal diritto. Un tribunale civile può trovarsi a decidere un caso che implica un conflitto di valori, avendo scarse indicazioni sull'ordine di priorità di questi. Ad esempio, può essere investito di una questione relativa all'adempimento di un contratto, stipulato fra individui o gruppi d'individui, il cui effetto potrebbe risultare pregiudizievole per la collettività nel suo insieme (7). Oppure, come avviene in Europa o negli Stati Uniti, può trovarsi nella situazione di dover valutare se sia opportuno, o no, che la stampa pubblici su un cittadino informazioni che, pur non avendo natura diffamatoria, costituiscono in'ingerenza nella sua sfera personale (8). Ai giudici si chiede di controbilanciare l'interesse pubblico di accesso all'informazione e di libertà di stampa, con l'interesse

(5) *op. cit.*, 129, n. 3.

(6) *Essay on Liberty*, (1859), cap. I [trad. it. *Della libertà*, a cura di M. LENER, Firenze 1974, p. 45, 50, 124, 130].

(7) *infra*, p. 358.

(8) Nel diritto francese, la questione riguarda l'art. 1382 del *Code Civil* e, nel diritto tedesco, l'art. 49 del B.G.B.; per il diritto inglese e per quello nordamericano, cfr. *infra*, p. 268 ss.

individuale a condurre una vita privata. In casi del genere, il tribunale può trovarsi imbarazzato dalla difficoltà di decidere in cosa consista, in fondo, il pubblico interesse, e fino a che punto esso richieda la soppressione della sfera del privato.

Per un altro verso, da un tribunale penale ci si attende che il valore della libertà personale sia preferito a qualsiasi altro, ogniqualvolta sorga motivo di dubbio, sia pure minimo, sui limiti di applicabilità del diritto penale. Il diritto penale deve vietare qualsiasi condotta pregiudizievole alla società; è però essenziale che una tale condotta sia stata definita. La conoscenza della legge è un dovere per tutti; ci si attende che ogni individuo abbia familiarità con le norme che regolano qualsiasi sfera di attività che intende intraprendere. Non è rilevante la giustificazione che egli conoscesse la normativa prima di agire, ma considerasse che la sua azione non ricadesse in quei termini. È questo il significato della massima *nulla poena sine lege*.

Un tribunale penale, d'altro lato, deve basare il verdetto o su una legge penale, o su un reato la cui configurazione sia ben nota nell'ambito del *common law*. Non può condannare un atto come criminale in quanto lo disapprova sulla base di principi extragiuridici, politici o morali ad esempio. Come affermò Lord Devlin: « il diritto deve star dietro al consenso nella morale e nei costumi ... È compito del legislatore stabilire quando sia giunto il momento di fissare idee nuove, estirpandone — al tempo stesso — delle vecchie, giacché la determinazione del momento opportuno appartiene essenzialmente all'area politica » (9).

Una delle problematiche più ampiamente dibattute in anni recenti riguarda la misura in cui il diritto debba intervenire a sostegno della morale. A dar il via al dibattito fu la pubblicazione del *Report of the Wolfenden Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, del 1957. La Commissione affermò che le leggi debbano essere tali da soddisfare il senso morale generale della comunità, e accettò che « deve esser lasciata una sfera di moralità ed immoralità privata che, per dirla in termini brevi e netti, non riguarda il diritto » (10). Il principio per determinare i para-

(9) *Law in a restless society*, in 123 *New Law J.*, 1973, p. 87.

(10) *Cmnd.* 247, par. 61.

metri d'imputabilità dell'agire umano fu trovato nell'*Essay on Liberty* di John Stuart Mill, secondo cui:

« ... l'unico fine per il quale l'umanità ha il diritto, a livello sia individuale sia collettivo, d'interferire con la libertà d'azione d'uno qualsiasi dei suoi membri, è la protezione di se stessa; ... l'unica ragione per cui il potere può essere giustamente esercitato nei confronti di ciascun membro di una comunità civile — contro la sua volontà — è quello di impedire il danno a terzi. Il suo bene personale, fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. L'individuo non può essere giustamente costretto a fare o omettere di fare qualcosa, per il motivo che l'agire in un dato modo lo renderebbe più felice o perché, nell'opinione di altri, ciò sarebbe opportuno o giusto » (11).

Mill non si riferisce specificamente a problemi d'ordine morale. La prima, nella lista delle « gravi prevaricazioni rispetto alle libertà della vita privata » riguarda il divieto imposto dalla legge americana su quasi la metà della popolazione, di far uso di bevande fermentate per scopi diversi da quelli terapeutici (12).

Così si espresse la Commissione, sulla funzione del diritto penale riguardo alle questioni di natura morale:

« ... Funzione del diritto è quella di salvaguardare l'ordine e la decenza pubblica, proteggere il cittadino da ciò che è lesivo o infamante, offrire una tutela adeguata contro lo sfruttamento e la corruzione a danno di terzi, soprattutto di coloro i quali sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro giovane età, debolezza fisica o mentale, inesperienza, o condizione di eccezionale dipendenza fisica, ufficiale o economica. A nostro giudizio, non è compito della legge intervenire nella vita privata dei cittadini, tentare d'imporre un qualsiasi modello di comportamento al di là di ciò che è necessario per portare a compimento i propositi già enunciati (paragrafo 13) ».

(11) Cap. I.

(12) Cap. IV.

L'anno successivo, Lord Devlin, nel corso di una sua *lecture*, criticò queste affermazioni. La tesi di Devlin prende le mosse dall'assunto secondo cui la società è una comunità d'idee. La società è tenuta insieme proprio da questo complesso di usi e credenze ampiamente condivise intorno alla giusta regola di condotta di un individuo nel rapporto con gli altri. Una società la cui esistenza è minacciata può difendersi; essa ha il diritto di ricorrere a strumenti legislativi per preservare la morale corrente, essenziale alla propria esistenza. Se questo è vero, non è accettabile l'individuazione di limiti teorici al potere legislativo dello Stato, delimitando aree di moralità entro cui la legge non sia autorizzata ad entrare. Allo stesso modo in cui la società può preservare le proprie istituzioni politiche, contro tradimento e sovversione, essa può proteggere le proprie istituzioni morali essenziali dagli attacchi esterni. « La soppressione del vizio rientra nei compiti del diritto né più né meno come la soppressione delle attività sovversive » ⁽¹³⁾ Devlin non sostiene che tutte le deviazioni dalla morale condivisa in una società ne minaccino l'esistenza; alcune sì, tuttavia, ed esse non devono, pertanto, esser collocate fuori dalla portata della legge. Criterio valutativo della pericolosità potenziale di una forma di comportamento — in rapporto alla stabilità sociale — è un intenso e diffuso senso di riprovazione e disgusto per questa. Tali sentimenti sono espressi tramite i membri della giuria — composta di uomini e donne — che si presumono uomini e donne, ragionevoli, se non razionali. Quando intervengono mutamenti nella moralità pubblica, essi si rifletteranno nella giuria; ed i suoi verdetti rifletteranno lo stato della pubblica opinione in ogni momento particolare.

Hart, in *Law, Liberty and Morality*, respinse quelle teorie e ribadì la posizione milliana. A suo parere, la morale « positiva », emergente in determinati momenti storici all'interno di una società, non può essere utilizzata quale « morale critica » mediante cui giudicare determinate pratiche sociali. Hart pone in discussione la tesi secondo cui il mantenimento dello *status quo* morale in una società ha peso sufficiente per controbilanciare l'infelicità

⁽¹³⁾ 45 *Proc. British Academy*, 1959, rist. in *The Enforcement of Morals*, 1965, I, p. 13-14.

derivante dall'imposizione coattiva di questa sfera. Lamenta che le teorie propugnate da Devlin tendono « a perpetuare in stato d'immobilità la morale emergente in un dato momento della vita della società » (14), ed afferma che il problema non è tanto stabilire se un certo tipo di morale pubblica preservi la società, quanto — piuttosto — valutare se una determinata società meriti di essere preservata o no. Il criterio decisivo è se una società assicuri ai propri componenti una qualche misura di « valori universali, quali libertà individuale, sicurezza della vita, protezione da danni inflitti intenzionalmente ». Un'analogia rilevante, riguardo all'imposizione coattiva della morale, si trova non nel tradimento, ma nella religione. Nella storia della religione cristiana si ebbe un momento in cui essa fu imposta per legge. Oggi, per contro, è comunemente accettato che il credo religioso d'un individuo sia un suo fatto personale e non debba essere imposto coattivamente.

Ronald Dworkin ha attaccato il metodo di accertamento della morale positiva d'una società sostenuto da Lord Devlin: « Ciò che in esso colpisce ed è errato non è tanto l'idea che la morale di una comunità conti, quanto piuttosto la sua idea di ciò che conti in quanto morale della comunità » (15). Dworkin sostiene che occorre distinguere tra le credenze fondate su pregiudizi popolari, avversioni personali e razionalizzazioni da un lato e credenze che possono esser difese sul terreno di una convinzione morale basata su principi, dall'altro lato. Soltanto questi sentimenti, che possono essere difesi in quanto imperniati su coerenti principi, potrebbero costituire la base per imporre la coazione. In ogni modo, questa concezione, che pure attrae per il suo contrapporre una razionalità oggettiva al pregiudizio arbitrario, finirebbe per minimizzare la funzione della morale popolare della comunità, giacché le convinzioni morali della maggior parte della popolazione sono solo parzialmente basate su principi espliciti, mantenuti con deliberata consapevolezza; in larga misura essi

(14) 1963, p. 70-2.

(15) *Lord Devlin and the enforcement of morals*, in 75 *Yale L. J.*, 1966, p. 986-1001; cfr. R. E. Sartorius, 81 *Yale L. J.*, 1972, p. 891-895 ss.

costituiscono il frutto di una commistione di forze sociali, e sono poco compresi da coloro che li condividono ⁽¹⁶⁾.

I « principi coerenti » di Dworkin sembrano ricordare i valori universali di Hart. Se considerati astrattamente, appaiono incontrovertibili; la loro applicazione, invece, risulta spesso controversa. È questo anche il caso — come si vedrà nel capitolo seguente — del valore della vita umana. Inoltre, come fece rilevare Basil Mitchell:

« Per quanto i 'valori universali' siano necessari all'esistenza di ogni società, di per sé non sono sufficienti per l'ordinamento di alcuna società specifica. La preservazione della società implica la preservazione di determinate istituzioni le cui precise caratteristiche variano da una società all'altra ... Precipue fra queste istituzioni sono il matrimonio e la proprietà » ⁽¹⁷⁾.

Il diritto deve giungere ad un compromesso tra il rispetto della libertà individuale e la salvaguardia delle istituzioni sociali essenziali. È fondamentale che le decisioni dell'organo legislativo vengano, su questo terreno, prese con ponderazione, dopo ampia discussione. Solo così il diritto eviterà di porre in essere leggi indesiderabili, suscettibili di non perseguire gli obiettivi preposti, o tali da provocare nell'individuo un grado di sofferenza sproporzionato al beneficio derivatone alla società.

Un esempio specifico di una legge, che è risultato di prolungati dibattiti su queste problematiche, è l'*Obscene Publications Act* (Legge sulle pubblicazioni oscene) del 1959, che sanziona la pubblicazione di materiale osceno. Il primo problema affrontato riguardava la definizione di ciò che debba intendersi per osceno. L'art. 1 di tale legge stabilisce che un articolo è osceno se il suo effetto, sia, « considerato in tutta la sua portata, tale da tendere a depravare e corrompere persone suscettibili — avendo riguardo a tutte le circostanze rilevanti — di leggere, vedere o udire il

⁽¹⁶⁾ E. ROSTOW, in [1960] *Cambridge L. J.*, 174 at 197 (rist. in ROSTOW, *The Sovereign Prerogative*, 1962, p. 41-78).

⁽¹⁷⁾ B. MITCHELL, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, 1967, p. 120.

materiale in esso contenuto o incorporato». Lord Birkett, che promosse il disegno di legge nella Camera dei Lords, riassunse così la questione:

« Oggi si ammette universalmente che qualsiasi tipo di controllo o censura alla pubblicazione di parole scritte o pronunciate, comunque imposto, costituisca una restrizione della libertà individuale; è però anche riconosciuta l'esigenza di un qualche controllo in ogni comunità civile. Tale controllo, tuttavia, può essere giustificato solo quando miri alla prevenzione di danni o lesioni sia all'individuo, o al pubblico in genere, sia al buon ordinamento della comunità. Se esso viene imposto col pretesto di queste motivazioni, ma in assenza di quelle condizioni, è cosa iniqua e dovrebbe esser soppressa » (18).

Nel diritto medioevale inglese, i giudici potevano configurare nuovi tipi di reato; nel diritto moderno, invece, si ritiene che sia solo il Parlamento a poterlo fare. Quando il Parlamento non interviene, esistono, presumibilmente, dei motivi fondamentali. Come riferì una *Royal Commission* nel 1879: « Se il Parlamento non è disposto a punire atti che siano, per una qualche ragione, opinabili o pregiudizievoli, si deve presumere che essi appartengano a quella classe di comportamento biasimevole contro cui il senso morale e il buonsenso della comunità costituiscono la migliore protezione » (19). Nel 1962, tuttavia, la Camera dei Lords ridiede vita al reato di « cospirazione a corrompere la morale pubblica », un reato di *common law*, considerato obsoleto per i precedenti due secoli. Fu in quell'occasione che Lord Reid ammonì, nella sua opinione dissenziente, che « non spetta ai tribunali irrompere dove il Parlamento esita persino a metter piede » (20). Al riguardo, Lord Devlin rilevò: « Mi pare del tutto er-

(18) *The changing law*, in *To deprave and corrupt* (ed. J. Chandos), 1962, p. 74; cfr. H. STREET, *Freedom, the individual and the law*, 3^a ed. 1972, cap. 4.

(19) *Report of the Royal Commission on the Draft Code*, 1879, Cmd. 2234, p. 10 cit. da G. H. GORDON, *The Criminal Law of Scotland*, 1967, p. 23.

(20) *Shaw v. D.P.P.* [1962] A.C. 220 at 275; cfr. *Knüller v. D.P.P.* [1972] 2 All E.R. 898, ante, p. 59.

rato, da parte dei giudici, ritenere di essere responsabili in qualche modo della salute morale della società: essi non lo sono » (21).

In Scozia, la parte di diritto penale espresso in forma legislativa è minore di quanto non lo sia in Inghilterra; e alla *High Court of Justiciary* (la Corte Penale Suprema) compete la facoltà di introdurre nuovi reati. Ufficialmente, l'ultima circostanza in cui tale potere fu esercitato in modo esplicito risale al 1838, quando la gestione di bische pubbliche fu dichiarata reato (22). D'altronde, recenti creazioni giudiziarie del diritto penale — come, ad esempio, quella relativa a « tentativi di deviare il corso della giustizia » — rappresentano uno sviluppo implicito nell'esercizio di questo potere (23).

La misura in cui la libertà personale dipende dagli orientamenti dei giudici preposti all'applicazione del diritto penale inglese emerge chiaramente da un brano di Blackstone:

« Sostenere la tesi di un'assoluta immunità da pena in tutti i casi è incompatibile con tutti i concetti di diritto e di società politica e, alla fine, porterebbe alla soppressione di tutte le libertà civili, rendendone impossibile la tutela; ma la gloria del diritto inglese consiste nella definizione chiara dei tempi, delle cause e dei termini, del quando, perché e in che grado, l'arresto di un soggetto può essere legittimo. Ciò implica l'assoluta necessità d'indicare, per ogni ordine di detenzione, le giustificazioni affinché il tribunale possa, sulla base dello *habeas corpus*, verificarne la validità, e possa, in ordine alle circostanze specifiche del caso, assolvere il detenuto, concedergli la libertà provvisoria o rinviarlo in carcere » (24).

Il *writ* dell'*habeas corpus* porta il detenuto in giudizio e impone che gli sia resa nota, da parte dei suoi custodi, la causa del-

(21) *op. cit.*, ante, n. 9, p. 88.

(22) *H. M. Advocate v. Greenhuff* (1838) 2 Swin. 236; cf. GORDON, *op. cit.*, p. 21-42.

(23) *Dalton v. H. M. Advocate*, 1951 J.C. 76; *H. M. Advocate v. Mannion*, 1961 J.C. 79.

(24) *Commentaries on the Laws of England*, III. 131.

l'arresto. Nella storia della tutela della libertà personale, nell'ambito del diritto inglese, esso ha sempre occupato uno spazio particolare. E tuttavia, non costituisce elemento di difesa, di quella inviolabilità, maggiore di quanto non sia l'orientamento dei giudici riguardo a ciò che debba intendersi per legittima detenzione. « La differenza fra un sistema costituzionale ed un regime autoritario consiste nella facoltà e disponibilità dei tribunali a valutare, con indipendenza, la causa dichiarata dell'arresto, alla luce di principi giuridici cui sono soggetti sia le autorità che ordinano l'arresto, sia quelle che lo controllano » (25).

Un problema connesso è quello che riguarda la concessione della libertà provvisoria a persona incriminata, in attesa di processo. Il tribunale si trova a dover decidere, di volta in volta, se l'imputato possa essere rilasciato senza pericolo o se, invece, debba esser dichiarato in stato di detenzione. La presunzione d'innocenza esige che l'imputato non venga privato della libertà nel periodo d'attesa del processo, a meno che non sussistano ragioni che impongono il contrario. Considerazione fondamentale è che egli debba comparire in giudizio, per il processo, nel giorno stabilito. Tuttavia, va anche tenuto conto della possibilità che, durante il periodo di libertà provvisoria, egli possa interferire sulle testimonianze o commettere ulteriori reati, e, insieme, della impossibilità di effettuare (su di lui) dei controlli di natura medica, quando egli venga rilasciato (*Criminal Justice Act*), 1967, (sezioni 18-22). Questo carattere, necessariamente discrezionale, delle concessioni della libertà provvisoria ha portato a prassi differenti in tribunali diversi e, per conseguenza, a maggiori probabilità di scarcerazione in alcuni rispetto ad altri (26). Oggi ven-

(25) D. J. MEADOR, *Habeas Corpus and Magna Carta*, Univ. of Virginia, 1966, p. 19. Il diritto scozzese non contempla l'*habeas corpus*. La garanzia contro la detenzione illegale è rappresentata da una petizione al *nobile officium* della *High Court of Justiciary*; ma i casi sono rari. L'art. 43 del *Criminal Procedure (Scotland) Act* del 1887 dispone che una persona detenuta per sospetto reato può, dopo sessanta giorni, richiedere la libertà, ovvero richiedere l'instaurazione di un processo a suo carico. Lo stesso *Act* impone un limite di 110 giorni dalla data del fermo fino alla conclusione del processo; cfr. RENTON-BROWN, *Criminal Procedure according to the Law of Scotland*, 4^a ed., di G. H. Gordon, 1972, p. 86-7.

(26) Cfr. M. ZANDER, *Bail: a re-appraisal*, in [1967] *Crim. L. R.* 25, p. 100, e in [1971] *Crim. L. R.*, p. 191. Sebbene uno degli scopi dell'*Act* del 1967 fosse

gono avanzati validi argomenti a favore dell'attuazione di un sistema più equilibrato di parametri inerenti alla disciplina della libertà provvisoria, per assicurare che, in ciascun caso concreto, tutte le considerazioni rilevanti siano sottoposte all'attenzione dei giudici.

Diritti naturali.

Sin dal diciassettesimo secolo — come si è visto nel primo capitolo — il problema della libertà personale è stato espresso in termini di certi diritti naturali, che ogni società dovrebbe garantire a tutti i suoi componenti. La teoria dei diritti naturali è stata collegata alla concezione individualistica moderna, secondo cui è riservata all'individuo un'area in cui egli può esercitare liberamente la sua volontà. Né agli organi di governo, né a quelli legislativi era dato di violare, o di permettere la violazione, di questa area individuale. I diritti naturali tradizionali, sanciti nelle costituzioni del diciottesimo secolo, sono: la libertà di persona, di proprietà, di parola e di associazione. Essi indicano le aree entro cui l'individuo è libero di fare quel che vuole; negare all'individuo l'esercizio della propria facoltà di scelta in questa sfera equivale a negare all'uomo la sua personalità umana. Sono tutti diritti con impostazione negativa, nel senso che postulano libertà dalle restrizioni; ma non sono assoluti ⁽²⁷⁾. Così, ad esempio, il diritto di libertà di parola può essere impiegato per persuadere la maggioranza di una comunità che la linea politica, da essa perseguita fino a quel momento, è sbagliata e che dovrebbero adottarsi politiche alternative. Non può, tuttavia, permettersi, che questo stesso diritto venga utilizzato per istigare e organizzare una piccola minoranza allo scopo di opprimere il resto della comunità con la forza. In tali situazioni le esigenze fondamentali dell'ordine pubblico vengono ritenute prio-

quello di ridurre il numero delle custodie preventive, nel 1968 (in Inghilterra e nel Galles) 40.503 persone vi furono sottoposte; e più della metà di queste o non fu condannata a pena detentiva oppure fu prosciolta. Cfr. A. K. BOTTOMLEY, *Prison before Trial*, 1970, p. 17, [*Bail Act*, 1976].

⁽²⁷⁾ W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5th ed. 1959, 259.

ritarie rispetto al diritto di libertà di parola, e la comunità non deve attendere l'effettivo ricorso alla forza prima di intervenire e limitare una tale attività.

In Gran Bretagna, dove non esiste una costituzione scritta, questi diritti non sono — come nella maggior parte dei paesi occidentali — tutelati da una legge speciale, che ha un carattere di preminenza rispetto alle altre. L'esistenza dei diritti, e la misura in cui essi sono protetti, può essere accertata solo attraverso un esame dello stato della normativa civile e penale. Parlare di un diritto di libertà di parola non è lo stesso che parlare di un diritto al risarcimento del danno ⁽²⁸⁾. Nel secondo caso, il termine « diritto » è correlativo rispetto ad un obbligo imposto dalla legge su una qualche altra persona, obbligo che la legge tutelerà ad istanza della parte danneggiata. Il diritto alla libertà di parola o associazione, d'altro lato, è una libertà derivata dal principio generale, secondo cui tutto ciò che non è vietato è permesso ⁽²⁹⁾. Si è liberi di dire ciò che si vuole, fino a quando non si violino norme giuridiche relative al segreto di stato, diffamazione, oscenità, spergiri, vilipendio del tribunale, e così via. La libertà resta circoscritta entro la sfera che esula dall'ambito operativo del diritto. Nella misura in cui il complesso globale delle restrizioni giuridiche lascia all'individuo un'area effettiva di scelta personale, si può affermare che il diritto riconosce la libertà di parola e le altre di cui si è detto.

Se il diritto è considerato un insieme di imposizioni coattive, di diritti e di obblighi correlativi, le libertà sono fenomeni strettamente extragiuridici, giacché essi coprono proprio quella sfera dell'agire umano che non viene regolata dall'imposizione di obblighi giuridici. Pertanto, nello stabilire se una determinata limitazione della condotta sia o meno giustificata, è importante considerare fino a che punto essa interferisca sulla restante area in cui all'individuo è assicurata la libertà di comportamento. I rimedi previsti per le violazioni dei diritti naturali sono principalmente i rimedi ordinari previsti per la condotta illegittima,

⁽²⁸⁾ JENNINGS, *op. cit.*, p. 262.

⁽²⁹⁾ G. L. WILLIAMS, *The concept of a legal liberty*, in 56 *Columbia L. R.*, 1956, 1129, rist. in *Essays in Legal Philosophy*, (ed. Summers) 1968, p. 121.

ossia l'azione civile per danni o l'azione penale. L'unico controllo sulle leggi ordinarie è esercitato dall'opinione pubblica. I paesi che hanno una costituzione scritta garantiscono con essa i diritti naturali, affermati come «fondamentali» per l'esistenza della società. Un diritto dichiarato in tale forma può, dunque, essere limitato o soppresso solo mediante una revisione della costituzione stessa: e ciò solo attraverso una formale e complessa procedura, che richiede un dibattito pubblico preliminare più complesso rispetto a quello previsto per la riforma della legislazione ordinaria.

Tuttavia, quando i diritti sono tutelati dalla costituzione, le limitazioni correlative vi devono essere precisate; fatto, questo, che riduce l'efficacia della garanzia originaria. È anche difficile prevedere tutte le molteplici circostanze in cui i diritti possono richiedere una limitazione.

La Costituzione nigeriana, entrata in vigore nel 1963, costituisce un ambizioso tentativo di specificare i diritti e le loro limitazioni. Per quanto destinata ad uno Stato africano, essa fu chiaramente modellata sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e offre un esempio significativo della nostra problematica. Così l'art. 21 cpv., dopo aver specificato che «nessuno potrà essere privato della libertà personale», prosegue con un elenco delle categorie di eccezioni, indicanti i casi in cui una persona può essere legittimamente privata della libertà: condanna penale; inosservanza di un ordine del giudice; arresto di un sospetto criminale; custodia preventiva del minore a scopo di istruzione, e in ogni caso nel suo interesse; detenzione di persone affette da malattie infettive, da infermità mentale, da alcolismo, di persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti e di vagabondi; misure di polizia relative al controllo sull'immigrazione, all'espulsione dal territorio dello Stato e all'extradizione. Qualsiasi persona in stato di detenzione ha il diritto di conoscerne i motivi; a chiunque venga fermato, o trattenuto illegalmente, è riconosciuto il diritto ad un risarcimento.

Più oltre, il primo comma dell'art. 25, dispone: ogni individuo ha il diritto alla libertà d'espressione, ivi inclusa la libertà di avere opinioni e di accogliere o comunicare idee e informazioni senza interferenze «esterne». Il secondo comma aggiunge tut-

tavia: «nessuna parte di questo paragrafo renderà invalida alcuna norma che sia ragionevolmente giustificabile in una società democratica: (a) nell'interesse della difesa, della sicurezza pubblica, e dell'ordine pubblico, pubblica moralità o sanità pubblica; (b) allo scopo di tutelare i diritti, la reputazione e la libertà di terzi, vietando la divulgazione d'informazioni ricevute in forma confidenziale, assicurando l'autorità e l'autonomia dei tribunali o disciplinando i telefoni, la radio, la televisione, o la proiezione di opere cinematografiche; ovvero: (c) imponendo limitazioni su persone che ricoprono cariche pubbliche».

Ma una cosa è dichiarare l'esistenza dei diritti fondamentali, altra è come assicurare che le violazioni degli stessi saranno efficacemente vietate o sanzionate. Occorre porre in essere meccanismi giuridici operativi ed assicurare facoltà di accesso alla parte lesa.

In casi di sospetta violazione dei diritti fondamentali è necessario rendere possibili, e senza alti costi, l'accesso alla giustizia. Può spesso risultare difficile portare all'attenzione di organi imparziali, per l'esame e la riparazione, alcuni dei diritti violati, avendo essi un carattere quasi politico ⁽⁸⁰⁾.

L'articolo 125 della Costituzione Sovietica, del 1947, garantisce ai cittadini dell'URSS, «libertà di parola, di stampa, di assemblea, ivi incluse le adunate di massa, sfilate o manifestazioni, ma non fornisce alcuno strumento per rendere effettive tali libertà. Negli Stati Uniti d'America, la Corte Suprema ha il sindacato sulla validità delle leggi emanate dal Congresso e dagli altri organi legislativi di Stato, per assicurare che non fossero contrarie ai diritti garantiti dalla Costituzione». Nel quinto e quattordicesimo emendamento si dichiara che nessuno può essere privato della vita, libertà o proprietà senza un processo giusto (*without due process of law*). La Corte ha teso ad interpretare tali prescrizioni in modi diversi in epoche differenti. Arthur Sutherland ha così riassunto il corso dei vari momenti delle decisioni in questo secolo:

«Per un certo periodo, la nostra Corte Suprema — sommersa da una massa di ricorsi variamente fondati, e

⁽⁸⁰⁾ T. O. ELIAS, II. 2 *Jo. Int. Com. Jurists*, 1959-60, p. 41.

sulla base di alquanto vaghe teorie sulle limitazioni costituzionali — tentò di porre limiti al controllo politico sull'economia, e di garantire la libertà economica dell'individuo dalle ingerenze del Governo. Tale rigida forma di individualismo finì nel 1937, almeno per quanto attiene alla Corte Federale; ma, a sua volta, una inversione di tendenza assunse delle caratteristiche indesiderate; le stesse voci che nel 1937 avevano chiesto la soppressione delle interferenze dei giudici, dieci anni più tardi sollecitavano una minore autolimitazione da parte dei giudici. Questa incoerenza è stata talvolta spiegata mediante una distinzione tra la difesa dei diritti dell'uomo e quella dei diritti di proprietà; distinzione che appare più facile da pensare che da definire. Il termine « individualismo » è di nuovo alla moda ... » ⁽³¹⁾.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel 1953, con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, si tenta di rendere validi e garantire i diritti naturali tradizionali su base internazionale. I diritti specifici che le parti in tale Convenzione concordarono di tutelare sono i diritti *classici* alla vita, libertà e sicurezza personale. La Convenzione li enumera in modo dettagliato: diritto alla libertà dalla schiavitù, tortura e lavori forzati; diritto alla riservatezza (*privacy*); libertà di pensiero, coscienza e religione; libertà di espressione e d'assemblea; diritto di creare associazioni sindacali e diritto di contrarre matrimonio. Secondo le decisioni della Convenzione, il godimento di dette libertà doveva assicurarsi al di là di discriminazioni basate su sesso, razza, colore, lingua, religione, ideologie politiche, opinioni, origine sociale o nazionalità, associazione ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o altro *status* (art. 14). Le libertà dichiarate dalla Convenzione possono essere soggette a restrizioni specifiche « quali sono prescritte dalla legge e ritenute necessarie in una società democratica ». Con successivi protocolli fu inoltre affermato il diritto di proprietà, subordinato al diritto del go-

⁽³¹⁾ *The Law and One Man among Many*; Univ. of Wisconsin, 1956; p. 34.

verno di controllarne l'impiego, il diritto ad avere — per i propri figli — un'istruzione conforme alle convinzioni religiose e filosofiche individuali (su quest'ultima clausola la Gran Bretagna avanzò delle riserve), e il diritto di libertà di movimento e scelta della residenza.

L'elemento innovatore della Convenzione europea consiste nel meccanismo operativo, da essa posto in essere, per l'attuazione dei diritti sanciti. Essa concretò due istituzioni: una Commissione dei Diritti dell'Uomo e una Corte dei Diritti dell'Uomo. Funzione della Commissione è quella di accogliere le istanze che denuncino violazioni della Convenzione, sia tra Stato e Stato, sia anche tra individui e Stati (limitatamente a quelli che abbiano demandato alla Convenzione anche autorità a trattare denunce provenienti da fonti individuali). Tutti i nove membri della Comunità Economica Europea — ad eccezione della Francia — hanno ratificato la Convenzione; tutti, ad eccezione della Francia e dell'Italia (*), le hanno riconosciuto competenza in ordine a rivendicazioni di portata individuale. Il tratto più originale del meccanismo è, appunto, questo riconoscimento del diritto del singolo ad adire direttamente un organo internazionale. I procedimenti hanno tutti luogo in camera di consiglio. Tale procedura — più dell'udienza pubblica — è ritenuta in grado di offrire all'individuo maggiori possibilità di successo nelle vertenze contro organi di governo: anche se non è possibile 'vedere' il modo in cui la giustizia è resa.

La Commissione decide, innanzi tutto, sull'ammissibilità dell'istanza e, qualora le allegazioni dell'attore giustifichino ulteriori indagini, essa procede all'accertamento dei fatti e tenta la conciliazione tra le parti. Se l'intesa non è raggiunta, la Commissione inoltra un rapporto al Consiglio dei Ministri in seno al Consiglio d'Europa, corredato di un parere relativo alla sussistenza o meno di violazione della Convenzione. I ministri possono, a questo punto, rimettere il caso alla Corte per un giudizio definitivo in merito alla violazione. L'esecuzione della sentenza, che può comprendere la concessione di una « giusta compensazione » alla vittima, è sottoposta alla supervisione del Consiglio dei Ministri.

(*) [L'Italia ha successivamente aderito con l. 25.10.1977, n. 881].

In via alternativa può essere il Consiglio stesso a decidere — con una maggioranza dei due terzi — che vi sia stata violazione; in tale caso, esso deve prescrivere un termine di tempo, entro cui lo Stato coinvolto nel procedimento dovrebbe porre rimedio. In caso d'inadempienza, il Consiglio stabilisce quale effetto dare alla decisione originaria. In ultima istanza, comunque, l'esecuzione dipende dalla forza dell'opinione internazionale, nonché dell'opinione pubblica dello Stato trasgressore, per costringere quest'ultimo a rimediare alla violazione.

I risultati positivi cui la Commissione è finora pervenuta sono notevoli ⁽³²⁾. Intorno alla metà del 1972 — a prescindere da dieci casi riguardanti vertenze tra Stato e Stato — aveva già registrato circa 5.700 azioni promosse da individui o gruppi contro Stati. Negli anni recenti, essa è andata ricevendo una media di circa 400 istanze del genere ogni anno. Il novanta per cento delle richieste sono state dichiarate inammissibili, e di esse non è stata trasmessa comunicazione dalla Commissione al Governo interessato; altre sono state respinte dopo che la Commissione aveva ricevuto, dal governo interpellato, le osservazioni rilevanti richieste. Il restante dieci per cento, che pure non è numero elevato, costituisce un complesso di casi-tipo il cui esito ebbe effetto, oltre che sui soggetti che si fecero parte attiva, su molte altre persone.

In un caso del 1959, la Commissione dichiarò il Codice di procedura penale austriaco in flagrante violazione del diritto al processo equo sancito dall'articolo 6 della Convenzione ⁽³³⁾. Secondo la normativa di quel codice, chi ricorreva alla Corte d'Appello penale non aveva diritto di essere rappresentato, mentre il Pubblico Ministero era, invece, materialmente presente. Tale fatto poneva in essere una violazione dell'eguaglianza nel processo tra imputato e accusa, principio connaturato all'equità processuale. La normativa in questione venne abrogata con effetto retroattivo.

⁽³²⁾ J. E. S. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, 1969; A. H. ROBERTSON, *Human Rights in the World*, 1972, p. 51-79; R. BEDDARD, *Human Rights and Europe*, 1973.

⁽³³⁾ *Pataki and Dunshirn v. Austria*, Nos. 596/59 and 789/60.

Un certo numero di ricorsi contro la Repubblica Federale Tedesca e contro l'Austria vertono sulla durata della carcerazione preventiva e sulla durata dei processi penali. Un esempio: l'attore era stato trattenuto in carcere per circa ventotto mesi, per presunto reato di amministrazione fraudolenta di beni immobili⁽⁸⁴⁾. La Corte sostenne che questa detenzione era contraria al terzo comma dell'articolo 5 della Convenzione, che garantisce un processo entro termini ragionevoli di tempo a chiunque sia trattenuto in carcere per presunto reato, oppure sia in libertà provvisoria in attesa di processo. La Corte riservò (*reserved*), in favore dell'attore, il diritto all'appello per una giusta riparazione, e, essendo stata successivamente informata che lo stesso non aveva ricevuto alcun risarcimento gli accordò — in forza dell'articolo 50 — la somma di ventimila marchi tedeschi. Detto articolo investe la Corte del potere di concedere «giusta riparazione» alla parte lesa, quando essa rilevi che una misura presa sia confliggente con gli obblighi imposti dalla Convenzione, e quando la legge vigente nel paese coinvolto contempra forme solo parziali di riparazioni alle conseguenze di quella misura.

In altri casi il ricorso è stato ritirato dallo stesso attore, a seguito di un qualche accordo raggiunto con il rispettivo governo. Così, la Corte Suprema Olandese emise una sentenza contro il periodico *Televizier*, che, avendo pubblicato informazioni su alcuni programmi televisivi non ancora andati in onda, aveva violato il *copyright* a danno di un'organizzazione che li aveva programmati⁽⁸⁵⁾. La Casa Editrice del *Televizier* si dolse che una tale decisione implicava una violazione del diritto di libertà contro il trattamento discriminatorio (art. 14) e, insieme, del diritto alla libertà d'espressione (art. 10). La Commissione giudicò la doglianza ammissibile, ma il ricorso fu ritirato perché le parti raggiunsero un accordo.

Nel gennaio del 1966, la Gran Bretagna riconobbe la competenza della Commissione in ordine a ricorsi individuali contro lo Stato inglese. Tra i casi in cui una sottocommissione pervenne

⁽⁸⁴⁾ *Ringeisen v. Austria*, No. 2614/65.

⁽⁸⁵⁾ *N. V. Televizier v. Netherlands*, No. 2690/65.

ad una conciliazione tra le parti, vi è quello di due cittadini pakistani, padre e figlio, cui era stato negato, all'aeroporto di Londra, l'ingresso in Gran Bretagna (1966) dalle autorità per l'immigrazione, a norma del *Commonwealth Immigration Act* del 1962⁽³⁶⁾. I due ricorsero per violazione del diritto alla vita familiare (art. 8), e del diritto ad un giudizio equo e pubblico da parte di un tribunale autonomo e imparziale, per la determinazione dei loro diritti civili (art. 6, 1° comma). A seguito di alcuni incontri, avvenuti a Londra tra il Segretario della Commissione e le parti, si giunse ad un accordo in base al quale fu concesso un risarcimento *ex gratia*, nonché il visto di ingresso nel paese ad uno dei due istanti. La sottocommissione sottolineò anche che, a partire da questo incidente, è stato riconosciuto agli stranieri il diritto d'appello contro il rifiuto d'ingresso in un paese; diritto ora incorporato nella nuova legge sull'immigrazione (*Immigration Act* del 1971).

Un altro caso riguarda un ungherese cui fu amputata una gamba durante un periodo di detenzione in Inghilterra; egli asserì che la perdita dell'arto doveva imputarsi a negligenza dei medici delle carceri⁽³⁷⁾. Si dolse inoltre di essere stato privato della possibilità di porsi in contatto epistolare con un legale che patrocinasse la sua causa, e ciò, contrariamente a quanto previsto dal primo comma dell'articolo 8 che sancisce il rispetto (del diritto) alla corrispondenza, e con il primo comma dell'articolo 6 che garantisce un giudizio imparziale nella determinazione dei diritti civili. Anche in questo caso, il governo addìvenne all'accordo in base al quale l'istante ricevette un risarcimento *ex gratia*, che non pregiudicava il suo diritto a citare l'*Home Office* dinanzi ai tribunali inglesi. Il rapporto della Commissione fece riferimento al libro bianco del Governo britannico (*Legal Advice to Prisoners*), il quale, a sua volta, si rifaceva ai verbali dei processi della Commissione. Il libro bianco riconosceva la necessità « di liberalizzare le pratiche esistenti in modo da ridurre le probabilità che il detenuto si senta danneggiato dal rifiuto d'accesso all'assistenza legale, istituendo misure di controllo

(36) *Alam v. United Kingdom*, No. 2991/66.

(37) *Knecht v. United Kingdom*, No. 4115/69.

obiettive nei casi in cui veniva allegata responsabilità nell'assistenza medica ».

Altri casi, verificatisi nell'ambito del Regno Unito, riguardano detenuti nordirlandesi, diritti d'ingresso in Gran Bretagna d'individui asiatici o est africani in possesso di passaporti britannici e, infine, il rifiuto di congedo a persone arruolatesi in marina o nell'esercito all'età di quindici o sedici anni ⁽³⁸⁾. In ordine all'ultimo caso, uno dei ricorsi verteva sul fatto che la legge del Regno Unito non prevede tribunali autonomi per la disciplina delle istanze di congedo; al riguardo, la Commissione finì col dichiarare che la materia non implica nessuno dei « diritti civili ».

Gli esempi citati sono sufficienti a dimostrare come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo abbia contribuito al mantenimento del rispetto per l'individuo, all'interno dell'area occidentale progredita, con cultura relativamente omogenea. Le capacità potenziali della Commissione, dal 1953, sono venute alla conoscenza di un pubblico sempre più vasto, e i ricorsi individuali si son fatti sempre più numerosi; ciò malgrado, avendo coscienza delle proprie limitazioni, essa tende ad evitare scontri drammatici con i governi. Il segretario descrive con termini appropriati la dinamica operativa dei meccanismi preposti all'attuazione dei Diritti dell'Uomo: « È stata soprattutto la cooperazione, nata dalla fiducia dei Governi nell'operato della Convenzione — piuttosto che un rapporto tra accusatore e accusato — a fare della Convenzione uno strumento vivente e, soprattutto, in espansione » ⁽³⁹⁾.

Diritti economici e diritti sociali.

I diritti naturali tradizionali sono costitutivamente negativi, nel senso che postulano la non ingerenza da parte di terzi su chi li possiede, quando decide di esercitarli. In ogni paese, quale che sia la condizione economica, essi sono suscettibili di tutela — quando esista la volontà di garantirne l'autonomia —

⁽³⁸⁾ Nos. 3435-3438/67.

⁽³⁹⁾ A. B. McNULTY, *Stocktaking on the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 1972, p. 45.

sia a mezzo di strumenti legislativi, sia mediante astensioni da interferenze. I sistemi giuridici attuali configurano altresì un tipo di diritti affatto diversi, quelli dell'area economica e sociale.

L'articolo 55 della Carta delle Nazioni Unite prevedeva che i Paesi membri « promuoveranno il rispetto e l'osservanza dei diritti umani e delle libertà fondamentali ». In quest'ottica il Consiglio Sociale ed Economico delle Nazioni Unite si affrettò a nominare una Commissione dei Diritti dell'Uomo, il cui compito primario era quello di stilare una Dichiarazione Universale dei Diritti civili, che definisse i diritti e le libertà che le Nazioni Unite s'impegnavano a promuovere. La Dichiarazione fu completata nel 1948. I primi articoli sancivano i diritti classici di libertà, proprietà e uguaglianza, più o meno nella stessa forma in cui si sarebbero venuti a configurare nella Dichiarazione europea. Gli articoli successivi al 21 proclamavano, invece, diritti di carattere del tutto diverso; in base agli stessi, si riconosceva a tutti il diritto all'istruzione pubblica, alla parità di retribuzione per uguale lavoro, diritto ad un « tenore di vita adeguato alla salute e al benessere personale e della propria famiglia », il diritto al riposo, al tempo libero e, periodicamente, alle ferie retribuite. Nei lavori preparatori delle Commissioni, i diritti del primo gruppo vengono definiti politici e civili, quelli del secondo economici e sociali. L'introduzione di questo nuovo tipo di diritti fu il risultato dell'iniziativa e attività dei membri comunisti facenti parte della Commissione. Nelle parole di Maurice Cranston:

« Ciò cui realmente tende il comunismo — e, in molti casi di fatto offre — è la sicurezza sociale, l'istruzione pubblica universale, servizi sanitari gratuiti, garanzia del posto di lavoro ed altri benefici materiali per il popolo. Ciò che il comunismo non può offrire sono le cose che offrono, invece, i nostri paesi dell'area occidentale: libertà — ivi compresa la libertà di parola, di movimento e di assemblea — l'opportunità di espansione a livello individuale, il godimento della proprietà privata, sicurezza contro l'arresto arbitrario, il processo segreto o i lavori forzati ... ciò che, per tradizione si è definito come i diritti dell'uomo. Ciò che i comunisti hanno fatto è stato adat-

tare il termine « diritto » ai princìpi in cui *loro* credono » (40).

I diritti economici e sociali non sono diritti nello stesso senso di quelli tradizionali, equivalenti — nell'essenza — a libertà da restrizioni. Costituiscono, piuttosto, delle pretese ad un'azione positiva da parte della comunità; sono correlativi agli obblighi propri dello Stato, di provvedere a strutture quali lavoro, scuole, servizi sanitari e simili. Non possono venir soddisfatti mediante la semplice offerta, al cittadino, di opportunità di lavoro e d'istruzione superiore. Non possono venir posti in essere attraverso controlli legislativi; richiedono provvedimenti d'ordine amministrativo e una struttura economica pianificata, né possono prescindere da un certo livello di sviluppo economico. Così, nell'ambito di un Paese non industrializzato, parlare d'un diritto alle ferie retribuite non ha senso, non essendo altro che un'aspirazione proiettata nel futuro; per il fatto stesso che i cittadini che vivono in quello stadio di sviluppo non possono usufruirne, esso non può costituire un diritto nello stesso senso delle libertà personali (41).

Questi nuovi « diritti » esigono che lo Stato provveda al bene dell'individuo. Sono fondati sull'idea della comunità intesa come una sorta di *fellowship*, articolata sulla relazione di tipo 'familiastico'. Sono d'importanza capitale per il benessere della collettività. Un uomo che non abbia lavoro, istruzione o assistenza medica, al livello in cui gli necessita, non può dirsi nella posizione di godere in pieno le libertà tradizionali. Così nella Carta Atlantica, redatta nel 1941 dal Presidente Roosevelt e da Winston Churchill, la libertà dal bisogno e la libertà dalle paure furono affiancate alla libertà di parola e libertà di culto. E tuttavia, per il fatto che il soddisfacimento dei diritti economici dipende dalla disponibilità di mezzi di uno Stato specifico in una data realtà storica, il loro contenuto non può essere preliminarmente

(40) *Human Rights Today*, 1962, p. 38.

(41) Per la discussione dei diritti sociali cfr. i saggi nel vol. coll. *Political Theory and the Rights of Man* (ed. D. D. Raphael), 1967, di D. D. RAPHAEL, (p. 54 e 107 ss.) e di P. SCHNEIDER (p. 81 ss.) e M. CRANSTON (p. 95 ss.).

stabilito in senso lato. Per il fatto che non si prestano ad essere applicati ovunque nella stessa misura, sarebbe fuorviante attribuire loro una connotazione identica a quella dei diritti dell'uomo.

Libertà positiva.

Fin qui ci siamo soprattutto occupati della libertà di impostazione negativa: libertà *da* restrizioni su ciò che una persona può fare, quando lo vuole. Esiste anche una libertà *di* acquisire un qualche risultato positivo. Una persona può sentire di essere libera, padrona di sé, solo quando sia in grado di conseguire un qualche obiettivo, da sola o insieme con altri. Evidentemente, la libertà d'acquisire la propria autentica identità, mediante il conseguimento di qualcosa di positivo, presuppone un certo grado di libertà da costrizioni esterne. Se si è vincolati da restrizioni, si può attuare molto poco. E tuttavia, la mera assenza di restrizioni oggettive può essere insufficiente a garantire la libertà necessaria per tradurre in effetto quanto si desidera. Di fatto, così come il suo compimento può essere ostacolato da congiunture restrittive, allo stesso modo esso può esser favorito da disponibilità di istituzioni e strutture vantaggiose. Si è rilevato, nell'ultimo capitolo, come la sfera d'autonomia degli imprenditori del XIX secolo si sia espansa grazie alla disponibilità di nuovi strumenti di finanziamento e allo sviluppo delle società a responsabilità limitata.

Il concetto di libertà positiva può entrare in conflitto con il concetto di libertà negativa. La maggior parte dei desideri e delle scelte dell'individuo sono influenzati da passioni e pregiudizi personali; questi sono, a loro volta, legati alla specificità della origine sociale. Il vero uomo libero giunge, attraverso l'introspezione e la verifica di se stesso, e a mezzo della forza della ragione, alla presa di coscienza di questi sentimenti irrazionali, la cui forza di pressione viene ad essere, per conseguenza, ridotta. Una volta acquisita la capacità di liberare se stesso dal pregiudizio, egli diviene in grado di percepire — forse per la prima volta — ciò che realmente desidera nella vita, e può formulare piani operativi per il suo conseguimento. Una programmazione implica norme che pongano limiti alle possibili linee d'azione,

ma una norma non viola la libertà personale quando sia volontariamente accolta, e sia razionale nel senso che si armonizzi con la natura delle cose.

Fin, qui, nessuna posizione conflittuale tra i due concetti di libertà. Eppure, uno degli elementi di questa tesi costituisce il nodo centrale delle moderne dottrine politiche autoritarie. Sua comune configurazione è la seguente: nessuno può godere di una libertà illimitata, giacché le pretese, uguali, di tutti gli altri, gli impediscono necessariamente di fare alcune cose. Inizialmente, la speculazione di studiosi emancipati dai pregiudizi soggettivi, dovrebbe riuscire a ideare un sistema di convivenza giusto, in grado di conciliare le istanze di ciascuno. Successivamente, una volta che viene proposto un piano organico per l'attuazione di tale ordinamento, tutti gli uomini razionali lo riconosceranno per quello che è e vi aderiranno volentieri. A contrastarlo, sarebbero presumibilmente, solo le persone ancora succubi dei propri pregiudizi, pregiudizi che offuscano la capacità di giudizio e impediscono di percepire i meriti del piano. I dissenzienti dovrebbero, in qualche modo, venir persuasi o costretti ad aderire al progetto. Per questa via, e malgrado se stessi, raggiungeranno infine il proprio essere « autentico ». È un punto di vista espresso con toni apologetici da uno scrittore della Germania dell'Est:

« L'individuo diventa tutt'uno con lo Stato perché si rende conto che, grazie alla politica dello Stato si dà impulso ad un processo di sviluppo che traduce in effetto le sue stesse istanze e interessi ... In contrasto con le democrazie borghesi ... la partecipazione del cittadino alla gestione del potere statale non si limita al semplice atto dell'elezione dell'organo rappresentativo, ma consiste in un'ininterrotta opera di collaborazione nell'esecuzione di tutte le decisioni assunte dalle masse ... L'individuo è operatore attivo. È questo, in ogni modo, il sentiero che conduce alla vera uguaglianza fra i cittadini e alla libertà autentica » (42).

(42) K. POLAK, in *Law and Legislation in the German Democratic Republic*, 1959, p. 10.

Un'argomentazione di questo tipo fa coincidere la libertà con il dispotismo. Non si può negare che molti uomini abbiano tratto grande soddisfazione personale dalla subordinazione dei propri interessi ad una causa più vasta. Ad esempio, le popolazioni dei Paesi che han subito una colonizzazione possono, nella realtà, preferire un sistema partigiano e autoritario, capeggiato da membri della propria comunità, a governi gestiti da stranieri, più imparziali e liberali, ma meno ricettivi delle esigenze specifiche locali. Si preoccupano più del riconoscimento ufficiale della comunità cui appartengono, che di ciò che è loro concesso di fare a livello individuale. Vedono se stessi, prima di ogni altra cosa, come membri della comunità, precedentemente vissuta in condizioni di sudditanza politica e sociale e, infine, aperta a quello *status* e a quel rispetto che gli eran prima negati. Alcuni individui sembrano acquisire un'identità propria solo quando giungono a fondersi in un tutto di più vasto respiro. Per la dottrina cristiana, l'individuo potrà giungere ad una compiuta realizzazione di se stesso solo attraverso i 'servigi' resi ai propri simili. Gesù Cristo esplicita il paradosso: « Raggiungendo la propria vita, l'uomo la perderà; perdendola per amor mio, egli la conquisterà » (43). In questo caso, comunque, la decisione ha carattere di libera scelta. Ciò che è invece opinabile è il rifiuto, all'individuo, del potere decisionale. Nelle parole di Sir Isaiah Berlin: « manipolare uomini, spingerli verso obiettivi che voi — riformatori sociali — vedete, e che, però, loro forse non vedono, equivale a negare la loro essenza umana, a trattarli come oggetti privi di volontà propria e, dunque, a degradarli » (44).

Il fatto che il concetto di libertà positiva possa essere abusato in questo modo non deve oscurare il valore che esso riveste nell'ambito della libertà intesa quale « opportunità di prendere parte attiva alla determinazione e attuazione delle scelte politiche » (45). In tal senso, uomo libero non è colui il quale vuole essere lasciato solo, ma quello che vuole partecipare attivamente — quando lo

(43) *Matth.*, x. 39.

(44) *op. cit.*, 137.

(45) L. L. FULLER, *Freedom as allocating choice*, in 112 *Proc. Amer. Phil. Soc.*, 1968, p. 103.

voglia — alla dinamica storica del gruppo o della comunità cui appartiene. La sua partecipazione diviene effettiva, solo se il suo contributo personale viene ad inserirsi in una qualche forma di apparato formale. Così, ad esempio, le sue scelte politiche in ordine alla selezione di chi rappresenterà i suoi stessi interessi in una assemblea popolare, possono essere espressi effettivamente solo tramite i meccanismi elettorali prescritti dalla legge. Tali meccanismi conterranno, certo, elementi restrittivi, quali, ad esempio, il divieto di votare due volte; inoltre, quali che siano le modalità elettorali prescelte, dovranno escludersi forme alternative. Una elezione basata su criteri di maggioranza esclude, ad esempio, la rappresentanza proporzionale.

Lon Fuller sostiene che la libertà positiva, oltre all'assenza di restrizioni, che la vanificherebbero, richiede « la presenza di un qualche sistema in grado di trasferire i risultati delle decisioni individuali all'interno del processo sociale » (46). Un ordinamento del genere tende a sviluppare un complesso di norme correlative, entro cui le scelte trovano espressione. Tali norme non riusciranno a costituire un contesto adeguato per l'espressione delle scelte se esse sono prefigurate senza una piena consapevolezza della situazione corrente a cui devono applicarsi. La natura delle norme richieste varierà col variare del tipo specifico di relazione sociale.

Nella relazione sociale di tipo contrattuale esiste una situazione di mercato, e la normativa dovrebbe essere diretta a renderlo il più libero possibile, in modo che chi vi partecipa abbia il massimo delle opportunità, mediante l'esecuzione di contratti, di conseguire vantaggi reciproci:

« La libertà effettiva nel contratto non è garantita semplicemente per il fatto che lo Stato impone l'esecuzione coattiva dei contratti, lasciando alle parti la libertà di contrarre. Può accadere che, pur in presenza di queste condizioni, l'effettiva libertà di contrattuale venga vanificata da norme giuridiche inadeguate, derivate da deduzioni astratte, avulse dalle realtà commerciali. Le norme

(46) *Freedom - a suggested analysis*, in 68 *Harvard L. R.*, 1955, 1313.

che hanno la possibilità d'influenzare la libertà contrattuale non sono solo quelle del diritto delle obbligazioni da contratto, ma anche quelle relative alla proprietà, illecito civile e procedura civile e, in senso lato, tutte le restrizioni giuridiche che formano il contesto entro cui il contratto agisce da strumento d'organizzazione sociale e libertà individuale » (47).

Per un altro verso, in una relazione sociale in cui varie persone si aggregano per determinati fini comuni, sono spesso presenti elementi della relazione del tipo 'familistico'. Se la relazione è informale e breve, come avviene tra vicini di casa che si uniscono, ad esempio, per spegnere un incendio, l'elemento familistico è predominante, e il problema di assicurare la libertà ai componenti singoli, praticamente, non si pone. Se invece la relazione ha carattere permanente, articolato e formale, come, ad esempio, nel caso di associazioni sindacali, gli elementi di contenuto familistico continuano ad esistere, ma tendono a distogliere l'attenzione dall'esigenza di assicurare che ciascun associato partecipi responsabilmente alle attività associative. Una collaborazione responsabile postula la partecipazione ai momenti decisionali in ordine a tutti gli obiettivi che l'associazione persegue, operando come organo unico, e alla scelta degli strumenti da adottare per il conseguimento di questi. Quanto più formale e complessa è l'organizzazione, tanto più distante dalla base vengono ad essere gli organi direttivi, e tanto più il controllo effettivo viene a concentrarsi nelle mani di chi occupa questo vertice.

I membri ordinari possono partecipare all'azione comune responsabilmente solo se hanno una conoscenza globale delle problematiche implicite nelle decisioni che sono chiamati ad esprimere e delle conseguenze legate alle varie possibili decisioni alternative. Il punto fondamentale è pertanto quello di concretare una struttura che sia in grado di offrire agli associati le più ampie opportunità di giungere ad una piena consapevolezza di tutti gli aspetti delle questioni da decidere, e il massimo incoraggia-

(47) FULLER, *op. cit.*, n. 46, p. 1314.

mento all'esercizio della loro libertà nella espressione delle scelte. Il che non significa che essi debbano essere sollecitati ogni momento ad esprimere voti su ogni passo quotidiano dell'amministrazione comunitaria; piuttosto, accordano la fiducia ai membri eletti, e li delegano a gestire quelle attività in prima persona. È nei momenti in cui si viene a creare l'esigenza di decisioni importanti, che si richiede la partecipazione più ampia possibile. Fuller è, forse, eccessivamente ottimista quando, riferendosi specificamente alla normativa sulla monogamia, afferma: « Uomini e donne sceglieranno più saggiamente quando si troveranno ad affrontare una scelta importante, anziché disperdere il loro potere decisionale su una serie di scelte di poco conto » (48). Ciò che conta, dal punto di vista della libertà positiva, non è tanto che le decisioni prese siano le più sagge, quanto piuttosto, il fatto che esse rispecchino le scelte espresse dal maggior numero di singoli partecipanti e che, costoro, abbiano agito con il più alto senso di responsabilità.

(48) *op. cit.*, n. 45, p. 105.

IL VALORE DELLA VITA

Alla domanda quale sia il diritto fondamentale dell'individuo, il giurista occidentale non esiterebbe a rispondere nella maggior parte dei casi: 'la vita'. Certamente la vita umana è stata protetta persino dai sistemi giuridici primitivi, non foss'altro che sulla base dell'idea secondo cui 'la società si disgregherebbe se gli uomini potessero uccidere impunemente' (1). Nella storia del diritto occidentale comunque, sotto l'influsso della teologia cristiana, questa motivazione è stata superata: al concetto della vita è stato attribuito un valore che trascende e, invero, spesso si contrappone alle istanze di utilità sociale. Così, Blackstone definì il diritto alla vita come uno dei diritti assoluti, assegnati all'individuo « dalle leggi immutabili della natura », e asserì che « essendo, tale legge, nata con l'umanità e dettata da Dio stesso, postula, indiscutibilmente, obblighi superiori a qualsiasi altro ... Nessuna legge umana può avere validità se è contraria a questo principio » (2). Tale tesi è ribadita dai commentatori cattolici moderni. Secondo Norman St. John Stevas: « Il concetto di personalità stava a significare ciò che vi era di più perfetto in tutta la natura, e l'integrità e inviolabilità della persona umana poneva un limite automatico alla funzione del diritto » (3).

È fuor di dubbio che il diritto, se lasciato al proprio corso naturale, si sarebbe contentato di riaffermare, in termini analoghi, seppure laicizzati, il valore supremo della vita. Di fatto,

(1) GLANVILLE WILLIAMS, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, 1958, p. 11.

(2) *Commentaries on the Laws of England*, I., pp. 124 e 41.

(3) *Life, Death and the Law*, 1961, p. 20.

però, i rapidi progressi delle tecniche nel campo della chirurgia e delle scienze statistiche stanno oggi ponendo i tradizionali criteri giuridici di valutazione della vita in aperto conflitto con i valori di altre discipline, e i giuristi sono chiamati a riconsiderare alcuni dei loro assunti fondamentali.

La prima difficoltà in cui ci si imbatte, nel corso di un'analisi obiettiva del valore giuridico della vita, è l'assenza di una qualsiasi definizione esauriente di ciò che abbia ad intendersi per 'vita'. Fino a quest'ultimo secolo, la distinzione tra vita e morte è stata considerata così ovvia, da non far sorgere la necessità di determinare precisi criteri di riferimento. Oggi, al contrario, il problema è acuto, e assume un'importanza reale in ordine a due situazioni limite.

L'inizio della vita.

Il primo problema riguarda il quesito: in quale momento ha inizio la vita, in quanto valore tutelato dalla legge? In passato si è tentato di evitare gli ostacoli derivanti dalla speculazione filosofica e teologica sulla natura del feto umano, focalizzando piuttosto l'attenzione sul quesito relativo al momento in cui l'apparire della vita debba ritenersi tutelato dalle norme relative all'omicidio. Tale orientamento, tuttavia, si è mostrato insoddisfacente sotto due aspetti.

Innanzitutto, sono stati adottati strumenti di verifica artificiali che non trovano riscontro nella scienza medica. Ciò affiora dal contrasto evidente tra la normativa del diritto inglese ⁽⁴⁾ — che fissa il criterio dell'inizio della vita nel distacco fisico fra madre e neonato — e il punto di vista di S. B. Atkinson — adottato da diverse giurisdizioni nordamericane — secondo cui « il feto vitale, nel periodo che porta alla nascita, va considerato, ai fini della legislazione sull'omicidio, un essere umano; e ciò, sia che il processo della nascita sia giunto a compimento o no » ⁽⁵⁾. Le numerose e gravi lacune della normativa inglese al riguardo non sembrano esser sfuggite alla Commissione Brodrick, che, nel 1971, propose l'adozione di un criterio considerato « suscet-

⁽⁴⁾ WILLIAMS, *op. cit.*, p. 19-20.

⁽⁵⁾ *Life, Birth and Live-Birth*, in 20 L.Q.R. (1904), p. 134.

tibile di verifica scientifica»: il fatto che il bambino abbia respirato oppure no (6). Dall'altro lato, si è sostenuto che il criterio del distacco effettivo del neonato vivente « rappresenta un *test* così preciso, da non dar luogo a dispute di sorta » (7). Nella realtà pratica, comunque, almeno per quanto concerne l'Inghilterra, l'evidente inadeguatezza di un segno di confine così artificiale è stata corretta in via di compromesso, con l'introduzione del reato d'infanticidio. Il diritto inglese protegge il feto, prevedendo una pena, fino al massimo della reclusione a vita, contro atti intenzionali che provochino la morte del concepito prima che esso abbia raggiunto l'esistenza autonoma rispetto alla madre (8).

Non è tuttora chiaro se si possa dire — portando l'analisi più indietro nel tempo — che le leggi sull'aborto dei paesi occidentali attribuissero al feto il valore di « vita », come inteso tradizionalmente, per l'intero periodo della gestazione. Come osserva Glanville Williams (9), nei paesi di tradizione cristiana, il divieto dell'aborto è stato influenzato dalla dottrina della Chiesa, secondo la quale il concepito, ad un certo stadio della propria evoluzione, perviene al godimento di un'esistenza spirituale. In Inghilterra questo stadio fu individuato nell'inizio dei « movimenti fetali » (*quickening*) e, a questo proposito, Blackstone rilevò che: « per il diritto, la vita ha inizio non appena il concepito è in grado di muoversi nel grembo materno » (10). Il *common law* disciplinava come reato la distruzione del feto a partire da quello stadio; restava, tuttavia, materia controversa l'opportunità di definire, giuridicamente, l'atto come omicidio volontario, ovvero come altro reato grave (11).

Inoltre, la distinzione fra feto 'in movimento' e feto 'inerte', nei termini in cui è contemplata nel *common law*, può considerarsi arbitraria ed insoddisfacente. Come fu sostenuto nel corso di un processo tenutosi nel Wisconsin: « In senso strettamente

(6) *Report of the Committee on Death Certification and Coroners*, 1971, Cmnd. 4810, par. 8.01.

(7) B. HOGAN, [1972] *Crim. L. R.*, p. 83.

(8) *Infant Life (Preservation) Act*, 1929, sez. 1.

(9) *op. cit.*, 141 ss.

(10) *Commentaries*, I, p. 129.

(11) BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, f. 120b; COKE, *Institutes*,

scientifico e fisiologico, la vita è presente nell'embrione sin dal momento del concepimento ... Ma il diritto, — per ovvi motivi (*sic*) — nelle sue classificazioni, non può star dietro alle acquisizioni della scienza. Per ragioni di efficienza pratica, esso deve invece procedere sulla base dei concetti più comuni e accettati» (12). Su tali problemi di definizione, il *common law* tende quindi a dar peso agli orientamenti dell'uomo comune più che a quelli della scienza medica. Le ragioni di ciò son da ricercarsi nella base morale su cui è fondata la tradizionale condanna giuridica dell'aborto. Le norme giuridiche « devono essere di natura tale da permettere all'adulto normale medio di capire che trasgredirle è moralmente biasimevole. La conclusione del problema — che si raccomanda da sé alla maggioranza degli uomini — è che la distruzione di un embrione non pervenuto ancora allo stadio di vita, come intesa comunemente, sia da ritenersi una trasgressione meno grave della distruzione di un concepito capace di movimento» (13).

Ciò malgrado, nel 1803, quando in Inghilterra l'aborto divenne reato, il suo ambito fu esteso alla distruzione del concepito in qualsiasi stadio di sviluppo: oltre i limiti, quindi, di quelli che potrebbero essere considerati necessari per la protezione della vita (14). Invero, l'attenzione generale gradatamente privilegiò il problema della tutela della madre, contro eventualità di « assistenza non professionale da parte di incompetenti » (15), e questo sembra, appunto, essere, nella considerazione dei giudici, l'obiettivo primario dell'*Abortion Act* del 1967. Così, la *Court of Appeal* dichiarò nel 1971: « Com'è noto, uno degli scopi della creazione della nuova legge era quello di porre fine a pratiche clandestine antigieniche. Di conseguenza, semmai, esistono oggi validi motivi per un inasprimento delle norme e delle pene applicabili in epoca anteriore all'adozione della legge » (16).

(12) *Foster v. State* (1923) 182 Wis. 293, 196 N.W. 233.

(13) *Ibid.*

(14) Cfr. l'*Offences against the Person Act* (1861, sez. 58) che punisce il tentato aborto anche se non vi è uno stato di gravidanza.

(15) *R. v. Tate, The Times*, 22 June, 1949.

(16) *R. v. Scrimaglia* (1971) 55 Cr. App. R. 280 at 282. Tuttavia, dall'entrata in vigore della legge, sembra che l'orientamento giurisprudenziale in materia di

Una decisione della Corte Suprema statunitense del 1973 mostra come, anche il diritto nordamericano relativo all'aborto, dia importanza alla tutela del pubblico interesse e della madre, piuttosto che alla protezione del feto. In quell'occasione, la Corte ritenne che la legislazione dei singoli Stati potesse sanzionare la condotta di una donna che si fosse sottoposta a pratiche abortive, già autorizzate dal suo medico, purché esse avessero avuto corso entro i primi tre mesi di gravidanza » (17). L'opinione di maggioranza, sostenuta dal giudice Blackmun, proponeva che si permettesse ai vari Stati di fissare *standards* per salvaguardare « la salute della madre » nel periodo intercorrente tra i primi tre mesi di gestazione e il momento, intorno ai sei mesi, in cui il feto diventava capace di vita autonoma, se fosse nato. In tal modo, gli Stati furono lasciati « liberi di porre restrizioni sull'aborto, in rapporto progressivo rispetto all'aumento del periodo di gravidanza, purché però dette restrizioni fossero conformi agli interessi ufficiali dello Stato. Non si addivenne, comunque, ad alcuna definizione degli « interessi importanti e legittimi » capaci di « fornire giustificazioni ineccepibili alle linee d'intervento », nonostante essi coinvolgano sia la protezione della vita dell'essere non nato sia quella della vita e della salute della madre. Riguardo alla prima, era già stato sostenuto che, in base a principi di logica, essa iniziasse al momento in cui il feto acquisiva possibilità di vivere, ovvero quando giungeva ad essere « potenzialmente in grado di vita autonoma, al di fuori del grembo materno, quand'anche con mezzi artificiali ». Il limite di questa decisione consiste, comunque, nella incapacità a sollecitare un qualsiasi interessamento da parte dello Stato alla protezione del feto in quanto tale, per il periodo anteriore alla sua capacità di esistenza autonoma.

Se si ammette, almeno per quanto riguarda l'Inghilterra e gli Stati Uniti, che l'obiettivo precipuo della moderna legislazione sull'aborto non è la protezione della vita, non può dirsi che le iniziative tese alla legalizzazione dell'aborto insidino la

determinazione delle pene applicabili agli aborti clandestini sia mutato di poco; cfr. *R. v. Massaquoi* ([1972] in *Crim. L. R.*, 190).

(17) *Roe v. Wade* (1973) U.S. 35 L. Ed. 2d 147 a p. 184, 182 e 181; cfr. *Doe v. Bolton* (1973) U.S. 35 L. Ed. 2d 201.

supremazia che, da sempre, il diritto ha riconosciuto a quel valore. Se, tuttavia, si guarda al reato di aborto come ad una penalizzazione della distruzione della vita, si vede come sia stata fatta molta strada dal concetto — propugnato dal Blackstone — del diritto assoluto che è accordato all'uomo dalle immutabili leggi di natura. Così, l'aborto può essere lecito nei casi in cui la continuazione della gravidanza comporti maggiori rischi non solo per la vita, ma anche per la salute della madre o quella di altri figli componenti la famiglia; ovvero, nei casi in cui sussista un rischio sostanziale che il bambino, una volta nato, presenti o sviluppi gravi forme di anomalie fisiche o mentali ⁽¹⁸⁾.

Un orientamento che contrapponga al valore della vita altri valori è coerente con le recenti tendenze del diritto, le quali sembrano voler sfidare la precedente posizione di supremazia di quel valore. Siamo del parere che i giudici, prima ancora di ammettere apertamente la esistenza del problema, cercheranno di evitarlo, adottando la tesi secondo cui oggetto delle leggi sull'aborto non è la protezione della vita, e che la nozione comune in base alla quale la 'vita' inizia allo stadio dei movimenti fetali, continui ad esser valida giuridicamente. Comunque, il problema potrà esser risolto in altra sede. È possibile che i giudici saranno chiamati a decidere se un feto abortito debba considerarsi come un essere umano o, invece, un mero « residuo, di cui ci si può disfare in qualsiasi modo purché non offensivo per la decenza umana » ⁽¹⁹⁾. Fino a quando la scienza non avrà raggiunto lo stadio in cui potrà esser dimostrato che un feto può, con l'ausilio di mezzi meccanici, giungere ad una vita completa e autonoma, è poco probabile che il diritto penale intervenga a proteggerne l'esistenza purché la separazione dalla madre avvenga in modo lecito.

La seconda ragione fondamentale dell'inadeguatezza dell'approccio tradizionale, relativo alla definizione della vita nascente, è la sua rigidità rispetto ai concetti di omicidio, infanticidio e aborto. In altre parole, l'attenzione del diritto si è fissata sul-

⁽¹⁸⁾ *Abortion Act*, 1967, sez. 1; in qualche misura la decisione fu anticipata dal caso *R. v. Bourne* [1939] 1 K.B. 687.

⁽¹⁹⁾ *British Medical Jo.*, 22 May, 1970.

l'elemento dell'aggressione al feto, piuttosto che sull'esistenza di questo come soggetto giuridico con diritti propri. Nella misura in cui il problema è stato, se mai, preso in esame, tradizionalmente si è ritenuto che, per il diritto, il nascituro deve considerarsi, fino al momento della nascita, null'altro che una parte della madre ⁽²⁰⁾. Fino alla nascita, quindi, non vi è un soggetto giuridicamente tutelato, e, pertanto, nessuna azione è data a favore di una persona per il dolore, le sofferenze o lesioni patite durante il periodo prenatale. Nel 1942, il Winfield attaccò questa posizione ⁽²¹⁾, e oggi molti ordinamenti concedono l'azione di danni per lesioni prenatali, in alcuni casi assoggettandola alla condizione del verificarsi della nascita e, di solito, alla prova che il feto fosse vitale al momento delle lesioni.

In alcuni ordinamenti si è ritenuto che una qualche sorta di soggettività giuridica, con i relativi diritti, esista già in epoca precedente alla nascita. Il punto è stato sollevato davanti ad una corte dello Stato di New York ⁽²²⁾, nel caso di una donna che, ricoverata presso un istituto per frenastenici, era stata violentata da un paziente, per l'omissione degli addetti alla vigilanza. Dalla donna nacque un figlio frenastenico, per conto del quale fu instaurato un giudizio civile di danni per illecito (« wrongful life »). La corte, dopo molte incertezze, respinse la domanda. Al contrario, in un caso assai controverso, innanzi alla Corte suprema della Germania Federale (*Bundesgerichtshof*) ⁽²³⁾, ad un bambino infettatosi di sifilide, trasfusa — per negligenza del personale ospedaliero — nel sangue della madre *prima* del concepimento, fu riconosciuto il diritto di nascere sano, senza menomazioni provocate dall'atto illecito di un terzo.

Non vi sono in Inghilterra precedenti giudiziari sul punto. La *Law Commission*, nel suo *Working Paper On Injuries to the*

⁽²⁰⁾ Per HOLMES J., in *Deitrich v. Inhabitants of Northampton* (1884) 138 Mass. 14; sull'argomento cfr. F. F. STONE, *Some further thoughts on Pre-Natal Injuries and the Law of Tort*, in *Revue Hellénique de Droit Internationale*, 1972, p. 27.

⁽²¹⁾ *The Unborn Child*, in 8 *Cambridge L. J.*, 1942, p. 76.

⁽²²⁾ *Williams v. State of New York* (1966) 269 N.Y.S. 2d 786; cfr. *Zepeda v. Zepeda* (1963) 190 N.E. 2d 849 (Ill. App.), cit. da STONE, *op. cit.*, p. 32.

⁽²³⁾ BGHZ 8. 243. 20 Dez. 1952, II 2R 141/51 (O.L.G. Hamm).

Unborn Child, non è giunta ad alcuna conclusione con riguardo al quesito se sia, o no, ammissibile un'azione di risarcimento per danni provocati da atti od omissioni, aventi effetto sul padre o sulla madre, in epoca anteriore al concepimento del bambino ⁽²⁴⁾. Sul problema più generale concernente le azioni per lesioni prenatali, la Commissione, trovandosi di fronte ad « un foglio bianco su cui tutto era ancora da scrivere », ha sollecitato l'introduzione di disposizioni legislative che, ad una prima analisi, appaiono basate sul riconoscimento del feto quale soggetto giuridico separato dalla madre. Secondo le proposte avanzate, il bambino, una volta nato, avrebbe diritto ad un'azione di danni contro la madre per le lesioni subite nella sua precedente condizione di feto, per colpa della stessa: inoltre, per i danni provocati da un terzo, il risarcimento non avrebbe potuto essere ridotto a motivo del concorso di colpa da parte della madre ⁽²⁵⁾. Le proposte della *Law Commission* si basano su principi di giustizia naturale; vi è citato, con favore, un *dictum* del giudice Lamont della Corte Suprema del Canada ⁽²⁶⁾: « Non riconoscere ad un bambino, dopo la sua nascita, il diritto ad un'azione di danno per le lesioni prenatali significa avere un'ipotesi di illecito per la quale non vi è rimedio ». Tuttavia, il padre e la madre del bambino possono avere diritto al risarcimento del danno ad essi derivato dall'illecito: « Secondo la mia opinione, è una chiara esigenza di giustizia naturale che al bambino, nato vivo o vitale, debba venir riconosciuto il diritto d'esperire un'azione per lesioni inflitte illecitamente sulla sua persona all'epoca in cui si trovava nel grembo della madre ».

Comunque, né la corte canadese né la *Law Commission* si sono spinte fino a riconoscere una pienezza di soggettività giuridica al feto; difatti è tuttora impossibile esperire un'azione in favore di un feto nato morto. La *Law Commission*, in effetti, ha eluso il problema, allorché ha negato l'ammissibilità di un'azione di danni basata sulla perdita della speranza di vita (*loss of expectation of life*) quando non vi siano dolori e sofferenze da parte della

⁽²⁴⁾ 47, 1973, par. 38.

⁽²⁵⁾ Par. 26, 27.

⁽²⁶⁾ *Montreal Tramways v. Lèveillé* [1933] D.L.R. 337, citata al par. 16.

vittima dell'illecito. Pertanto, neppure la normativa proposta riuscirebbe a definire il problema giurisprudenziale di quale sia il momento in cui la vita, intesa nel senso di piena soggettività giuridica, ha inizio.

La fine della vita.

Il secondo problema sorge quando si voglia definire il momento in cui la vita cessa. A parte l'uso di ovvie finzioni giuridiche, come, ad esempio, la vecchia norma di *common law*, secondo cui un uomo si considerava « defunto » quando veniva ordinato prete della Chiesa Anglicana, un tale problema solo di recente si è presentato ai giudici. Il *common law* offre ben pochi precedenti giudiziali riguardo a ciò che debba intendersi per morte, e il poco che esiste è del tutto inadeguato rispetto alle acquisizioni scientifiche attuali. La vecchia formula della « assenza di funzioni vitali » non fa che spostare il problema, rinviando al quesito su che cosa si debba intendere per funzioni vitali; e qualsiasi tentativo dei giudici di trovare una risposta è risultato insoddisfacente. Così, è stato affermato che « una persona che respiri, anche se in stato di coma, non è da ritenere morta » ⁽²⁷⁾; eppure, un uomo che sia stato decapitato dalla ghigliottina potrebbe continuare a respirare a mezzo di un respiratore automatico; e tuttavia, non lo si potrebbe dichiarare vivo in base ad alcun criterio. Similmente, è stato affermato: « La morte sopraggiunge esattamente nel momento in cui la vita cessa, e non sopraggiunge fino a quando il cuore non smette di pulsare e la respirazione si interrompe. La morte non è un evento progressivo, ma un evento assoluto che ha luogo in un preciso istante » ⁽²⁸⁾. D'altro canto, dal punto di vista medico, la morte è intesa come un processo degenerativo, che inizia dalla nascita del soggetto, ed è noto che, anche oltre la soglia della morte convenzionale, vi è un'ininterrotta crescita delle cellule della pelle, dei capelli e delle unghie.

⁽²⁷⁾ *Smith v. Smith*, 299 Ark. 579, 317 S.W. (2d) 275, cit. da I. M. KENNEDY, *Alive or Dead*, in 22 *Current Legal Problems*, 1969, p. 102-107.

⁽²⁸⁾ *Thomas v. Anderson*, 96 Cal. App. (2d) 371, 311 P. (2d) 478, cit. da KENNEDY, *op. cit.*, p. 106.

Come può quindi chiaramente vedersi, la definizione giuridica della morte è tanto insoddisfacente quanto la definizione giuridica del momento iniziale della vita. Ci si potrebbe, invero, chiedere se questi siano problemi di cui il diritto debba occuparsi. Ciò non vuol dire ignorare l'importanza del diritto come mezzo di controllo della condotta umana. La definizione giuridica della morte e della vita, con l'estensione conseguente del reato di omicidio avrà effetto, per esempio, su un chirurgo alla ricerca di un donatore per un trapianto d'organo. È, certo, « manifestamente assurdo » suggerire che un giudice debba sempre accettare le prove fornite da un medico come conclusive per l'accertamento dell'avvenuto decesso: « difatti non è per nulla impossibile l'eventualità di un disaccordo fra medici sul quesito se una persona sia da ritenersi deceduta oppure no »⁽²⁹⁾. Tuttavia, se il diritto adoterà al riguardo criteri realistici sotto il profilo medico, vi saranno maggiori probabilità di riuscire a tutelare pazienti apparentemente prossimi al decesso, contro frettolose estrazioni di organi. Tali criteri verrebbero infatti riconosciuti e rispettati come espressione di un codice umano, intelleggibile ed applicabile, da parte della classe medica. Criteri giuridici irrealistici, invece, rischierebbero di ostacolare⁽³⁰⁾ l'espansione di tecniche chirurgiche già generalmente accolte come lecite sulla base di principi morali comuni, oppure di restare, di fatto, ignorati⁽³¹⁾, insidiando così il rispetto generale da cui il diritto trae la sua stessa esistenza; il rischio maggiore che ne deriverebbe sarebbe, infine, quello di spingere dietro le quinte risultati e progressi scientifici che dovrebbero, al contrario, essere liberamente esposti a critiche competenti e ad accurati esami⁽³²⁾. È proprio a motivo della sua importanza, che la definizione giuridica sia

⁽²⁹⁾ Hogan in [1972], *Crim. L. R.*, p. 83.

⁽³⁰⁾ La prima operazione di trapianto in Giappone portò senza successo ad una azione penale per omicidio contro il chirurgo.

⁽³¹⁾ Cfr. L. L. FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 81, sulla necessità di una corrispondenza tra azione ufficiale e norma dichiarata.

⁽³²⁾ D. DAUBE, in *Ethics in Medical Progress*, Ciba Foundation Symposium, 1966, 190: « Lascerei il diritto come è, dando per scontato che sempre la medicina continua a progredire ignorando le sue regole e, fino a un certo punto, deve procedere su questa strada ».

della vita sia della morte non può prescindere dagli sviluppi più aggiornati di discipline diverse dalla giurisprudenza.

Il giurista che si muove in un'ottica tradizionale può ben ribadire che, in situazioni del genere, il diritto deve procedere entro le linee di concetti semplici e comuni. Posizioni siffatte hanno, indubbiamente, una certa giustificazione, dato che, se il diritto dovesse smarrirsi su posizioni troppo distanti dalle idee dell'uomo comune riguardo al momento finale della vita, correbbe il rischio di stravolgere la fiducia collettiva nelle leggi come strumento di salvaguardia dell'individuo contro forze impersonali ed imperscrutabili. Come ha detto Lord Devlin: « I principi morali posti alla base del diritto devono essere tratti dal senso del giusto e dell'ingiusto presente nella comunità nel suo complesso » (33). Può dirsi che una definizione troppo radicale sia controproducente, nel senso di scoraggiare gli individui dall'acconsentire a ch  si faccia uso dopo la loro morte di organi del proprio corpo, per paura di esser cos  posti alla merc  della professione medica (34).

Non   chiaro, tuttavia, in quale misura gli ordinamenti giuridici occidentali abbiano delimitato il concetto di morte per uniformarsi alle concezioni popolari. In Francia, sin dal 1968,   stato possibile procedere al prelievo di organi, anche in casi in cui permanevano le funzioni vitali (il battito cardiaco, ad esempio); in Svezia   stato prelevato un rene — senza che, peraltro, ne sia scaturita un'azione giudiziaria — da un paziente in coma irreversibile, le cui funzioni cardiaca e respiratoria continuavano senza sussidi meccanici. Ebbene, niente indica che questi casi abbiano, in alcun modo, inficiato il rispetto della gente per le leggi.

Siamo del parere che, tutto considerato, vi siano fondati motivi affin  una definizione giuridica della morte intervenga a sopravanzare l'opinione pubblica in situazioni del genere.

Innanzitutto, l'opinione pubblica pu  essere mal informata su quello che costituisce, di fatto, un problema complesso, sia

(33) *The Enforcement of Morals*, 1965, p. 22.

(34) *Report on Organ Transplantations of Bar Council Law Reform Committee*, 1971.

Sotto il profilo tecnico sia sotto quello etico. Ad esempio, nel maggio del 1970, si levò un'ondata di critiche, a livello parlamentare e di stampa, contro un noto e stimato chirurgo, al quale era stata attribuita l'intenzione di porre in incubazione alcuni feti abortiti: ciò per portarli fino al loro pieno sviluppo, e per sottoporli quindi a verifiche sperimentali. Alla fine di una lunga controversia, fu possibile stabilire che, in realtà, non si trattava d'altro che di campioni di tessuto fetale. Ai fini del mantenimento del rispetto generale per le leggi, l'eventualità che il progresso giuridico si vincoli totalmente a pregiudizi e ad emotività momentanee, potrebbe, nei tempi lunghi, rivelarsi ancora più pregiudizievole di quanto non sarebbe l'accoglimento di tesi razionali e documentate, pur se non godano d'un vasto consenso popolare. Non è compito del diritto quello di cercare « le acclamazioni della folla, né gli elogi quotidiani di tutta la stampa »⁽³⁵⁾.

In secondo luogo, mentre per i casi di aborto e di infanticidio le leggi hanno soprattutto di mira la condotta dell'uomo comune, le leggi invece che regolano i prelievi e i trapianti di organi si rivolgono a specialisti della professione medica, e debbono pertanto guadagnarsene la fiducia per poter divenire effettive. Gli stessi teologi hanno riconosciuto questa esigenza. Nel 1957, Pio XII ammise che « la vita vegetativa non è vita spirituale », e che il problema della definizione della morte è problema precipuamente scientifico. Non si vede il motivo per cui i giuristi non debbano giungere ad ammissioni del genere nella formulazione di una definizione applicabile; e la linea di tendenza sembra chiaramente orientata verso il riconoscimento che la verifica del momento della morte sia « essenzialmente un problema la cui valutazione resta di competenza clinica »⁽³⁶⁾.

Ciò non è sufficiente, evidentemente, a risolvere il quesito intorno alla forma più opportuna che la definizione deve assumere. Una definizione solo legislativa sarebbe, forse, troppo rigida. Il chirurgo Donald Longmore affermò, nel 1968, che, se cinque anni prima fosse stata stabilita una tale definizione del concetto di morte, molte delle persone che al momento delle sue

⁽³⁵⁾ Per Mansfield L.C.J. in *R. v. Wilkes* (1770) 4 Burr. 2527 at 2562.

⁽³⁶⁾ *Death Certificate Report, cit.*, para. 17. 20.

affermazioni potevano essere incontrate per strada sarebbero state, a quell'epoca, dichiarate defunte ⁽³⁷⁾. Certo, i tentativi in questo senso dello Stato del Kansas, che risalgono al 1968, sono stati fatti oggetto di aspre critiche; un diverso approccio definitorio, che ribadisca che la morte consiste in un processo e non in un singolo evento potrebbe rivelarsi più valido. Di lì conseguirebbe che: «ciò che occorre fare è definire un criterio preciso per uno scopo specifico. Riguardo alla morte, ciò che occorre non è una definizione in senso lato, quanto piuttosto la definizione di quel preciso istante, nel corso dell'estinzione della vita, in cui diviene legittimo l'eventuale prelievo di tessuti dal corpo» ⁽³⁸⁾.

Un tale approccio è in linea con le tendenze più attuali, volte ad una tutela *procedurale* più che a definizioni formali. Valga come esempio la proposta avanzata dalla *Harvard Medical School*, in base alla quale è sufficiente che un medico non interessato all'operazione di trapianto certifichi l'avvenuta morte del paziente, riferendosi ai parametri medici correnti, prima che venga staccato il respiratore con cui il paziente stesso è tenuto artificialmente in vita. Ciò che resta chiaro, comunque, è il fatto che la posizione tradizionale, secondo cui la morte è un fenomeno di per sé evidente, non costituisce base adeguata per la futura regolamentazione del fenomeno stesso.

Il valore della vita.

Dato per concesso, comunque, che il diritto sia in grado di elaborare un *test* valido per definire con sufficiente certezza i confini della vita nei suoi momenti iniziale e finale, c'è da chiedersi: quale è oggi il valore riconosciuto alla vita?

Finora non sembra esser stato mosso alcun attacco significativo alle teorie tradizionali che attribuiscono alla vita *un suo qualche* valore intrinseco, basato sul rispetto della personalità dell'individuo. Un'ipotizzabile sfida potrebbe nascere dalle concezioni sulla vita intesa come mero veicolo biologico di emozioni, relazioni ed esperienze, dalle quali l'esistenza umana trae dignità

⁽³⁷⁾ *Spare Part Surgery*, 1968.

⁽³⁸⁾ Hogan in [1972] *Crim. L. R.*, p. 83.

e significato. Un paziente in stato di coma irreversibile, seppure 'vivo' in base alla definizione medica corrente, può essere considerato definitivamente incapace di godere di emozioni, relazioni ed esperienze; talché la sua vita possa, in un senso molto preciso, dirsi priva di valore. « La persona umana finisce di esistere quando la coscienza viene a mancare e subentra l'incoscienza; e la coscienza si estingue quando diventa intollerabile a se stessa » (39). Un orientamento del genere è, tuttavia, così radicalmente contrario ai criteri tradizionali di valutazione giuridica della vita, e tanto profondamente divergente dalle intuizioni morali della maggior parte della gente che è improbabile che trovi accoglienze all'interno di qualsiasi sistema giuridico dei paesi occidentali, se è vero che ogni complesso di norme giuridiche per poter esser effettivo deve, in senso lato, accordarsi ai criteri di giudizio morale presenti nella collettività. Come è stato rilevato da Hart: « Ciò che fa ritenere che il vero fine dell'attività umana sia la sopravvivenza, è una convenzione tacita, basata sul semplice fatto contingente che la maggior parte della gente desidera, il più delle volte, continuare a stare in vita ... se ne ha un riflesso, non solo nel fatto che la stragrande maggioranza degli uomini non vuole rinunciare a vivere, talvolta a costo di orribili miserie, ma anche in tutte le strutture del nostro pensiero e del nostro linguaggio ... » (40).

Altrettanto scarse probabilità di essere accolta ha la teoria secondo cui la vita possa, in alcune specifiche circostanze, essere *ridotta* di valore. La radice del problema è stata messa a nudo da Fried, nella sua descrizione del paziente allo stadio terminale di una malattia con presenza di dolore:

« Trovarsi di fronte a morte certa ed imminente, in circostanze in cui non si è in grado di razionalizzare o

(39) H. M. KALLEN, in 31 *N.Y.U.L.R.*, 1956, p. 1168.

(40) *The Concept of Law*, 1961, 187-8 (trad. it., pp. 223-224); cfr. la critica di FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 185, il quale cita S. Tommaso: « Unde gubernator non intendit, sicut ultimum finem, conservationem navis sibi commissae; eo quod navis ad aliud ordinatur sicut ad finem, scilicet ad navigandum. Sicut autem navis committitur gubernatori ad dirigendum, ita homo est suae voluntati et rationi commissus; secundum illud quod dicitur ». (*Summa Theologiae*, Ia IIae q. 2 art. 5).

temporeggiare, equivale a sentirsi definitivamente inchiodati ad un dilemma che si era cercato di evitare, e che tutta l'umanità ha, per l'intero corso della propria esistenza, tentato di evitare. La consapevolezza di una morte certa ed imminente diviene una sorta di perfetta, integrale tortura, in quanto sottrae all'uomo il supporto più importante su cui egli ha poggiato la propria vita » (41).

Ferma restando la necessità di una tutela rigorosa contro ogni forma di sfruttamento, e dell'assoluta certezza che il consenso del paziente, ogni volta, sia frutto di piena consapevolezza (42), è verosimile ritenere che il diritto occidentale si orienterà verso la concessione al paziente della facoltà di scegliere di morire. I valori così tutelati sono quello dell'alleviamento del dolore (43) e quello del rispetto della dignità umana e della *privacy* del paziente, nel suo approssimarsi alla conclusione dell'esistenza. Questa forma di eutanasia significherebbe, come Fried ammette, che « in quella misura, le vite umane sono abbreviate, e il valore della vita in sé riceve una minore protezione » (44). Esiste, tuttavia, un contrasto fondamentale fra un orientamento che acconsenta a ché si dia, in circostanze particolari, priorità a valori alternativi rispetto a quello della vita e un altro che propugni, invece, la tesi secondo cui la vita, in sé, possa subire, nelle stesse circostanze, una riduzione del proprio valore assoluto. Tale contrasto non è solo di natura semantica. Il primo tipo di orientamento può considerarsi volto al sostegno del concetto popolare della vita in quanto valore costante, conculcabile solo in vista di considerazioni più pressanti e urgenti, il secondo, invece, renderebbe possibile uno svilimento del valore della vita, in conflitto con gli *standards* correnti.

Il pensiero cattolico dovrebbe esser disposto ad ammettere che la vita non è un valore assoluto e può, quindi, essere giustamente esposta a rischi, se non addirittura sacrificata, nella

(41) *The Value of Life*, in 82 *Harvard L. R.*, 1969, p. 1415-1436.

(42) Probabilmente la difficoltà di formulare questi principi ha rappresentato il più grande ostacolo alla legalizzazione della eutanasia.

(43) P. DEVLIN, *Samples of Law Making*, 1962, capitolo 5.

(44) *op. cit.*, p. 1433.

« speranza di salvaguardare un qualche bene più elevato, ovvero di preservare o prolungare la vita umana stessa » (45). Le obiezioni da questo opposte all'autanasia sono in parte di carattere pragmatico, nel senso che una tale prassi tenderebbe ad inficiare il rapporto di fiducia fra paziente e medico, e, con l'abbassamento del valore della vita, creerebbe dei precedenti per ingerenze future (46). Di più, si sostiene che la sofferenza non è un male assoluto, da evitarsi a qualsiasi prezzo. In parte, tuttavia, le obiezioni dei cattolici sono di natura teologica: i confini della vita sono nelle mani di Dio, e nessun uomo ha il diritto di spegnere una vita innocente.

Su quest'ultimo punto sembrerebbe apparentemente impossibile conciliare, con la teologia cattolica, i moderni criteri giuridici di valutazione della vita accettati dal mondo occidentale, laddove la prima stabilisce un obbligo generale a rispettare la vita altrui, e non la nostra. Un sacrificio volontario della vita d'un uomo, sia in guerra sia in difesa di altri valori, o per il bene d'un amico, è considerato un gesto eroico. St. John Stevas giustificherebbe simili suicidi « altruistici », anche « invocando il principio del duplice effetto. L'atto, ad esito del quale sopraggiunge la morte, dev'essere buono o, quanto meno, moralmente indifferente. Altri buoni effetti devono derivarne: la morte non deve essere intesa né come fine a se stessa, né come strumento del buon effetto e occorre che vi sia una ragione grave perché si adotti quella linea d'azione » (47). Nei casi in cui il suicidio è volontario, una convergenza fra la moderna giurisprudenza e la posizione cattolica è invece meno facile.

A giudizio di Platone, il suicidio era giustificato nei casi di tensione nervosa intollerabile, di gravi disgrazie, o per ordine espresso dello Stato (48). Nell'ambito del *common law* il suicidio era, in ogni caso, contemplato come reato (49) e tale posizione fu

(45) Pio XII (1948), cit. da ST JOHN STEVAS, *op. cit.*, p. 271.

(46) È questo l'argomento del 'cuneo' messo in parodia da F. M. CORNFORD, *Microcosmografia Academica*, 1908, p. 15.

(47) *op. cit.*, p. 251; cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 286.

(48) *Le leggi*, Lib. IX (873).

(49) HAWKINS, I *Pleas of the Crown*, p. 77.

condivisa da Blackstone ⁽⁵⁰⁾: « Il diritto inglese, saggiamente e religiosamente, considera che nessun uomo ha facoltà di distruggere la vita se non per ordine ricevuto da Dio, suo Creatore ». La tesi secondo cui la vita è stata data da Dio e il disporne fosse un reato contro la prerogativa dell'Onnipotente è venuta, in ogni caso, via via perdendo consensi. Già molto prima che il *Suicide Act* (1961) depenalizzasse il suicidio, gli organi di polizia preferivano, nell'esercizio della loro facoltà discrezionale d'incriminazione, non perseguire chi avesse tentato il suicidio, purché fosse possibile affidarlo alla custodia di qualcuno.

I principi teologici hanno comunque avuto una tale forza di penetrazione entro le teorie giuridiche tradizionali che, nell'area del diritto occidentale, la proposta secondo cui la vita possa, in alcune circostanze, cedere a valori alternativi, è considerata con profondo sospetto. E ciò, anche nell'eventualità in cui esista il consenso alla privazione della vita da parte dell'interessato. Invero, secondo l'approccio ortodosso, nessun uomo ha il diritto di consentire a che la propria vita sia spenta, né accettare percosse sul proprio corpo, superiori ad una lieve lesione ⁽⁵¹⁾. Si ammette, tuttavia, che il consenso è un fattore che, *quando presente insieme ad altri*, può trasformare le percosse da illecite in lecite ⁽⁵²⁾. In realtà, il divieto di atti cui sia stato dato il consenso da parte di un adulto nel pieno delle sue capacità è stato attaccato in quanto derivante da principi morali autoritari, già parte della filosofia dell'Inquisizione ⁽⁵³⁾. In qualche occasione, è stato riconosciuto che il consenso ad essere mutilati o, *a fortiori*, uccisi, non è sufficiente a liberare l'autore dell'atto dalla relativa responsabilità penale. Così, in un caso divenuto famoso, del 1604, fu decisa la condanna di « un giovane, forte e vigoroso mascalzone che, al fine di pregiudicare le proprie capacità fisiche, così da poter avere un buon pretesto per chiedere l'elemosina o farsi mantenere senza sforzarsi in alcun genere di lavoro, convinse

⁽⁵⁰⁾ *Commentaries*, IV, p. 189.

⁽⁵¹⁾ *R. v. Donovan* [1934] 2 K.B. 498.

⁽⁵²⁾ G. DWORKIN, *The Law Relating to Organ Transplantation in England*, in 33 *M.L.R.*, 1970, p. 353.

⁽⁵³⁾ G. WILLIAMS in [1962] *Crim. L. R.*, p. 74.

un amico ad amputargli la mano sinistra» (54). A quel tempo, tuttavia, fatti del genere significavano che il re era privato d'un uomo valido da arruolare nelle proprie milizie e che la società veniva fraudolentemente gravata di un onere finanziario. Nessuno di questi due aspetti attiene alla situazione odierna della eutanasia. Malgrado che la posizione ortodossa venga ribadita con insistenza, i giudici dei paesi occidentali non hanno esitato a riconoscere che esiste una differenza fra omicidio volontario compiuto con il consenso della vittima, e quello senza il consenso. Alcune volte, ad esempio, ricorrendo a finzioni che tendono a confondere movente e intenzione (55), i giudici hanno evitato le conseguenze previste per una condotta deliberata che porta alla morte, cui la vittima abbia acconsentito. Sono stati disposti a farlo anche in ordine a circostanze ove l'esistenza del consenso non era stata stabilita con certezza piena. Nel caso *R. v. Adams*, del 1957, il giudice Devlin fece ricorso al criterio del nesso di causalità. Dopo aver asserito che un medico « ha il diritto di fare tutto quanto ritenuto opportuno e necessario per alleviare il dolore e le sofferenze, perfino quando le misure da prendere possono, incidentalmente, abbreviare la vita », rilevò: anche quando fosse possibile dimostrare che un dato trattamento ha abbreviato la vita per un periodo determinabile, « nessuna persona di buon senso esprimerebbe commenti quali: ' Oh, fu il medico a causare la sua morte! '. Si direbbe, piuttosto, che causa del decesso fu la malattia o le lesioni ... quelle stesse che resero necessario il suo ricovero in ospedale » (56).

È significativo il fatto che, ancora una volta si ricorra al criterio valutativo del senso comune; e, in questo caso, al fine di delimitare la supremazia della vita come valore giuridico. Eppure, persino in situazioni ove non si pone il problema di un consenso, la posizione dell'uomo comune, riguardo al valore della vita, è ambivalente e difficile da fissare con la precisione necessaria alla formulazione di norme giuridiche. Ciò è ben evidenziato

(54) COKE, *Institutes*, I, 127 a e b.

(55) *R. v. Fretwell* (1862) Le. & Co. 161.

(56) [1957] *Crim. L. R.*, 365; *The Times*, 9 April, 1957; H. L. A. HART - A. M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959, p. 308-9.

dalla disparità di opinioni che divise la Corte Suprema degli Stati Uniti ⁽⁵⁷⁾ intorno al quesito se la pena di morte sia da considerarsi anticostituzionale in quanto pena crudele e insolita. Il *Chief Justice* Burger, nella sua opinione dissenziente, rilevò: « non vi sono segni ovvî che indichino che la pena capitale offenda la coscienza sociale al punto tale da farci abbandonare il nostro tradizionale rispetto per la volontà del legislatore ». Il giudice Marshall, per altro verso, ribattè: « a mio giudizio, una presa di conoscenza di tutti i dati relativi alla pena capitale disponibili a tutt'oggi provocherebbe sul cittadino medio un violento impatto con la sua coscienza e il suo senso di giustizia. Basterebbe quest'unica motivazione a dimostrare che la pena capitale non può continuare ad esistere ». Se da un unico tema, per quanto ampiamente dibattuto, scaturisce una così profonda incertezza, quanto di più dobbiamo attenderci da un'eventuale inchiesta sui giudizi dell'individuo comune in ordine a speculazioni specifiche sulla vita dell'uomo?

È, comunque, sufficientemente chiaro che la vita non gode, nella valutazione morale popolare, della stessa posizione di supremazia di cui aveva goduto in seno alla filosofia giuridica tradizionale.

Slogans sempre ribaditi quali: « Morte piuttosto che disonore! » o: « Meglio morto che rosso (comunista)! » in società passate e presenti, sono stati considerati dalla morale come dei poli filosofici intorno ai quali l'uomo dovrebbe muoversi. Se questo è vero, ne consegue che in queste stesse società alcuni *standards* morali e politici eran visti quali valori più elevati della vita. Il Daube rileva un punto analogo allorché sottolinea la relativa assenza di opposizione al trapianto di organi umani prelevati da pazienti defunti « anche fra coloro i quali condannerebbero la prospettiva della distribuzione, come cibo, di cadaveri durante una carestia ». Non v'ha dubbio che il cannibalismo può, nel corso di una carestia, salvare la vita; e, in eventualità del genere, se si vuole evitare che qualcuno venga ucciso per poter essere utilizzato come cibo, si può imporre una regola che stabilisca che

⁽⁵⁷⁾ *Furman v. Georgia* (1972) 408 U.S. 238; [1972] *Criminal Law Bulletin* pp. 738 ss.; cfr. *Rumjowa v. R.* [1966] 1 All E.R. 633 (*Privy Council*).

il medico designato a certificare la morte di un individuo non deve essere fra coloro che ne consumeranno i resti umani » (58). Eppure il cannibalismo, anche quando diretto alla continuazione della vita, è respinto con repulsione dalla maggior parte degli uomini, repulsione che si riflette, in misura attenuata, nel controllo giuridico sull'impiego dei tessuti umani (59). Nelle parole di Donald Longmore, sembra si sia scelto « di conservare le leggi antiche che garantiscono l'inviolabilità del defunto, insieme ai diritti odierni dei parenti... piuttosto che riformularle a vantaggio dei viventi » (60).

È a questo punto che la tradizionale considerazione giuridica di supremazia della vita entra in conflitto non solo con gli istinti dell'uomo comune, ma anche con le meditate filosofie di diverse discipline. Per dirla con Fried:

« In tutte le situazioni di questo tipo, l'istinto dell'economista fa affermare che l'unica strategia razionale è quella che massimizza il numero delle vite salvate con il minimo sacrificio di fini differenti. Più precisamente, l'economia analizza il problema, imperniandolo inizialmente su due aspetti: il risparmio delle vite umane, da un lato, e tutti gli altri obiettivi, dall'altro. La vita avrà quindi un valore *correlativo* a quegli altri fini. *La vita non è assoluta, e noi siamo disposti ad arrischiarla, in certa misura, pur di acquisire o accrescere le possibilità di conseguire questi altri fini* » (61).

Fra i giuristi questo orientamento ha riscosso una certa adesione. Nel Modello del Codice Penale Americano (62) è contemplato l'esempio dell'uomo che ricorre all'apertura di una diga, come

(58) 18 *The Colorado Quarterly*, 1969, 135.

(59) *Anatomy Act*, 1832; *Human Tissues Act*, 1961.

(60) *Spare Part Surgery*; cit. da KENNEDY, *op. cit.*, p. 111; cfr. la soluzione radicale del diritto francese, secondo cui le opinioni del parente più stretto, o le volontà espresse dal paziente prima del decesso, sono irrilevanti rispetto alle decisioni relative al prelievo di organi.

(61) *op. cit.*, p. 1417 (corsivo aggiunto).

(62) *Model Penal Code* No. 8, S. 3, O. 2, *Comments*, 8.

unica alternativa per evitare che una massa d'acqua si riversi su un'intera città, e ciò, ben sapendo di provocare, in quel modo, la morte certa della famiglia di un contadino ⁽⁶²⁾ « Quest'uomo potrebbe, giustamente, far rilevare che scopo delle leggi sull'omicidio è la tutela della vita e che, con il proprio agire egli ha effettuato un netto risparmio di vite innocenti ... Forse che la preponderanza *numerica* delle vite salvate conferisce all'atto una piena giustificazione etica e giuridica? » ⁽⁶³⁾. Eppure, anche quando — come in questo caso — il nodo centrale del problema è la perdita di una vita umana per la salvezza di altre *vite*, la posizione tradizionale del diritto anglo-americano è quella di un irrigidimento nei confronti della regola dello stato di necessità. Come asserì il giudice americano Cardozo ⁽⁶⁴⁾: « Quando una o più persone restano coinvolte in un disastro collettivo, non sorge alcun diritto unilaterale di salvare la vita di alcuni a mezzo della soppressione di altri. Il diritto di 'getto' non vale per gli uomini ». Nell'ambito del *common law* il caso di riferimento più noto, al riguardo, è, probabilmente, *R. v. Dudley and Stephens* ⁽⁶⁵⁾, relativo ad un giovane mozzo di cui si cibarono i colleghi dopo un naufragio. Nel corso del processo, il *Chief Justice* Coleridge disse: « Chi deve essere giudice di fronte a necessità di questa portata? In base a quali criteri devono essere misurati i valori comparativi delle vite umane? In base alla forza o all'intelletto o a che altro? ». La riluttanza del *common law* a permettere la soppressione deliberata della vita, anche quando ciò rappresenti l'unico mezzo di salvezza personale, deriva, con molta probabilità, dalla convinzione che, se l'istinto di

⁽⁶²⁾ Ma, esiste veramente un *dovere* di agire per salvare il maggior numero? G. E. M. ANSCOMBE, (in 5 *Oxford Rev.*, 1967, p. 16), discute questo caso: un medico nega ad un paziente la dose massima di un farmaco necessario per la sua sopravvivenza, ma di cui ha scarsa disponibilità, e ciò allo scopo di salvare altri cinque pazienti che necessitano di dosi. È responsabile, il medico, che non adotta una simile strategia di massimizzazione? L'Anscombe ritiene che nei confronti dei cinque pazienti sussisterebbe la responsabilità del medico, solo nel caso che l'uso del farmaco fosse improprio.

⁽⁶⁴⁾ *Selected Writings*, 1947, p. 390.

⁽⁶⁵⁾ (1884) 14 Q.B.D. 273 a p. 287.

conservazione individuale fosse ritenuto corretto, allora, e *a fortiori*, la società avrebbe il diritto — quando il caso — di sacrificare, per il proprio bene, l'individuo singolo. Eppure, una tale presa di posizione, come fece rilevare il giudice americano Holmes, non è coerente con lo scopo centrale della prevenzione proprio del diritto penale per cui « l'individuo rappresenta indubbiamente un mezzo per un fine, sì da essere usato come strumento per l'espansione del bene comune, a suo scapito personale » (66). È inoltre suscettibile di riuscire del tutto inefficace, per il fatto che il diritto non può prevenire gli effetti dell'istinto di conservazione con prescrizioni punitive, « giacché, la minaccia di morte in prospettiva futura non potrà mai costituire un deterrente tale da indurre un uomo a scegliere la morte nell'attimo presente al fine di evitare gli effetti della minaccia ».

Nella complessa società moderna, l'industria, i trasporti, la medicina, e molte altre sfere di attività, proseguono il proprio corso, nonostante sia chiaramente accertato che ciò provoca perdite di vite umane che potrebbero evitarsi attraverso l'impiego di maggiori risorse e conseguenti rinunce relativamente ad altre sfere di valori, quali, ad esempio, la facilità delle comunicazioni o l'alto tenore di vita. Tale stato di cose non è stato del tutto ignorato dagli organi giudiziari. Il giudice di Corte d'Appello Asquith poté dire: « Come si è già più volte ribadito, se a tutti i treni del paese s'imponesse un limite di velocità di cinque miglia orari, si avrebbero meno incidenti, ma la nostra vita nazionale subirebbe un rallentamento intollerabile. Il fine da perseguire, se sufficientemente importante, giustifica l'assunzione di rischi eccezionali » (67). Questa valutazione comparativa della vita appare evidente nell'ambito della normativa sugli illeciti civili. Un individuo o una società commerciale che porti avanti la propria attività imprenditoriale a livelli di sicurezza inferiori a quelli prescritti dalla legge, sarà responsabile ai fini del risarcimento per perdite di vite o menomazioni gravi subite dai dipendenti, considerate quali parti dei costi di gestione. Dal proprio canto, il diritto penale non mira a vietare l'esercizio di simili

(66) *The Common Law*, 1881, pp. 46-7.

(67) *Daborn v. Bath Tramways Motor Co. Ltd.* [1946] 2 All E.R. 333 a p. 336.

attività punendo a titolo di omicidio i casi di morte sul lavoro, a meno che quelle attività non siano *di per sé* illegittime; ovvero, a meno che non risulti che i rischi prevedibili o, perfino, *previsti* ⁽⁶⁸⁾ siano considerati enormemente irragionevoli in rapporto agli scopi perseguiti.

Una teorizzazione di questa natura sarà inevitabile, se la società attuale, così come la conosciamo, vuol continuare ad esistere. Oggi, quando si dice che le attività industriali, o l'assetto delle reti stradali, creano *un rischio* di morte, s'intende, in realtà, parlare di certezza di morte. Ogni anno, in Inghilterra, muoiono sulle strade da 7.000 a 8.000 persone, e 1.000 nell'industria ⁽⁶⁹⁾. L'elemento di « rischio » sussiste meramente nel fatto che non si ha certezza su chi sarà ucciso un anno, e chi l'anno successivo. Non sussiste, invece, elemento di rischio sulla inevitabilità di un alto numero di incidenti, che potrebbero essere evitati, solo che fossimo disposti a pagare un costo altrettanto elevato.

La radice del paradosso è ben colta da Fried: « Per salvare la vita di persone di cui si conosce l'identità — in pericolo presente — siamo pronti a disperdere risorse di gran lunga maggiori di quelle devolute all'attuazione di strumenti atti a prevenire danni futuri a persone forse sconosciute o, persino, non ancora nate » ⁽⁷⁰⁾. Pure, sono anche queste ultime vite umane, né più né meno che le altre, aventi diritto ad essere tutelate dalla legge. Nel nostro consumare le limitate risorse a disposizione in sterili tentativi di salvataggio di vite presenti, stiamo, quasi certamente, riducendo il risparmio globale di vita, cui si potrebbe invece giungere se quelle stesse risorse venissero destinate allo sviluppo di strutture di sicurezza per il futuro. Fried si oppone all'assunto secondo cui, con l'impiegare una parte sproporzionata dei nostri mezzi per la salvezza di vite esistenti, simbolicamente dimostriamo il peso attribuito al valore della vita. « È, a dir poco, bizzarro, simbolizzare l'interesse per la vita umana con il

⁽⁶⁸⁾ GL. WILLIAMS, *Criminal Law: the General Part*, sec. 25; *Model Penal Code*, S. 2, 02 (c).

⁽⁶⁹⁾ *Report of the Committee on Safety and Health at Work* (Robens Committee), 1972, Cmnd. 5034.

⁽⁷⁰⁾ FRIED, *op. cit.*, p. 1416.

fare meno di quanto potremmo per la salvezza della vita stessa » (71).

I problemi che esigono una soluzione, sia da parte dei giudici che da parte degli economisti, appaiono chiari quando si analizzano i dati degli stanziamenti per il rinnovamento della rete stradale (72). Una dettagliata analisi dei costi mostra che, nel 1970, la perdita media derivata alla comunità da ogni incidente mortale, sulle strade del Regno Unito, è stata di 19.000 lire sterline. Tale cifra tiene conto di fattori economici quali la perdita, per la società, della unità produttiva (il defunto) da un lato, e la cessazione del consumo relativo, dall'altro. Per conseguenza, se si calcola che il miglioramento di una specifica strada potrà salvare due vite all'anno per i successivi cinque anni, tale risparmio di vita può essere tradotto in precisi termini quantitativi mediante il calcolo dei costi e dei vantaggi dell'effettuazione dei miglioramenti.

Si ammette, comunque, che sarebbe mostruoso rifiutarsi di includere nell'attuazione dello stesso piano, il rinnovamento di una strada antistante un pensionato per anziani, sulla base del fatto che, in termini strettamente economici, i pensionati che potrebbero subire incidenti mortali in assenza di tale rinnovamento costituiscono un peso per la comunità. In questa linea, è « necessario ... tentare di valutare il valore che la comunità attribuisce alla perdita della vita umana, o, più precisamente, stabilire quale prezzo essa sia disposta a pagare per salvare vite umane » (73). La difficoltà centrale consiste nello stabilire in che modo tali costi « soggettivi » devono essere calcolati.

Riguardo al problema appena esposto, quand'anche l'economista trovasse giustificato rivolgersi al diritto, per trarre degli orientamenti rispetto alla soluzione, in Inghilterra, almeno, resterebbe deluso. Il *common law* non contemplava alcuna forma di risarcimento per il caso di morte. La legislazione, al di là dell'indennizzo alle persone a carico del defunto, non prevede altro

(71) FRIED, *op. cit.*, p. 1425.

(72) *Road Research Laboratories*, L.R. 79, 1967 e L.R. 396, 1971 (R. F. F. DAWSON, *The cost of road accidents in Great Britain*). Ringraziamo per la cortese assistenza il Direttore della Biblioteca del Laboratorio.

(73) L.R. 79, p. 36.

che l'assegnazione di una somma — del tutto convenzionale ed arbitraria — per perdita della speranza di vita ⁽⁷⁴⁾. E anche questo titolo al risarcimento è generalmente ritenuto — e anche noi lo riteniamo — derisorio e maturo per essere abrogato; la Camera dei Lords ha convenuto che « fintanto che il diritto resta quello che è ... ha minori probabilità di cadere nel discredito se i giudici considerano il giudizio espresso nel caso *Benham v. Gambling* come una direttiva ad aderire rigorosamente a precisi criteri, di quante ne avrebbe se gli stessi iniziassero da capo — ciascuno secondo le proprie opinioni — a valutare il concetto di felicità ». Probabilità anche minori di ispirare rispetto, il diritto avrebbe, se proponesse una nuova valutazione della felicità, riferendola allo *status* del defunto, così come fu fatto, peraltro, in occasione del caso *Burns v. Edman*, da un giudice che si sentì « autorizzato a commentare, in veste ufficiale, il fatto che la vita del criminale è una vita infelice (!) » ⁽⁷⁵⁾. Noi riteniamo, altresì, che l'approccio statistico, che non tiene conto delle differenze d'età, sesso, impiego, e altri criteri personali, sia l'unico ancora tollerabile, malgrado che i suoi risultati a livello di caso concreto tendono ad essere arbitrati e, spesso, artificiali.

In ogni modo, occorre ricercare un criterio valutativo al riguardo — per l'economista, se non pure per il giurista — giacché, « a meno che la comunità non sia disposta a riconoscere che ogni vita è inestimabile e ad agire di conseguenza, allora deve essere attribuito, quanto meno, un valore implicito alla vita » ⁽⁷⁶⁾. Siamo del parere che il diritto, malgrado il suo tradizionale riconoscimento del valore supremo della vita, tacitamente accetti il punto di vista dell'economista, secondo cui la vita non è inestimabile. Anche nei casi in cui è prevista la responsabilità civile delle autorità stradali, il diritto si mostra poco sollecito a rilevare una sussistenza di colpa, a meno che nelle linee direttive

⁽⁷⁴⁾ *Benham v. Gambling* [1941] A.C. 157; *Yorkshire Electricity Board v. Naylor* [1968] A.C. 529. La *Law Commission* raccomanda che i danni per la perdita della speranza di vita, configurati nella loro forma attuale, dovrebbero essere aboliti. Cfr. *Report on Personal Injury Litigation* (Law Com. 56), 1973, p. 29.

⁽⁷⁵⁾ *Burns v. Edman* [1970] 2 Q.B. 541, per Crichton J. a p. 546.

⁽⁷⁶⁾ L.R. 79, I.

delle autorità e nell'esecuzione di queste non si configuri una probabilità di « *rischi di infortuni gravi superiori alla media* » (77); e, soprattutto, quando il loro scopo nel creare una fonte di rischio sia il miglioramento di certe strutture di sicurezza, come ad esempio nel caso della messa in opera di segnalazioni stradali.

In questo modo, il diritto sembra accostarsi ai criteri valutativi dell'economista. Nei casi finora considerati, comunque, l'individuo specifico la cui vita è posta a rischio dall'adozione di determinate linee programmatiche, resta — *a quello stadio* — sconosciuto, una mera proiezione statistica che si precisa solo nell'indagine retrospettiva. Naturalmente, il diritto può ben assumere un diverso criterio qualora la persona la cui vita viene esposta al rischio da una strategia di massimizzazione sia conosciuta, al momento in cui si decide, appunto, della sua vita.

La differenza di criteri può essere illustrata con alcuni esempi contrastanti tratti dal mondo medico. È possibile dimostrare che la prassi adottata da un ospedale di dimettere i pazienti operati di appendicectomia un giorno prima del normale, al fine di liberare posti letto per operazioni di trapianto cardiaco, causa un numero di decessi superiore a quello delle vite salvate (78). Le probabilità che ogni singolo individuo operato di appendicectomia muoia perché dimesso prematuramente sono scarse, ma nel tempo un certo numero di questi pazienti per ciò moriranno. Viceversa, dati i problemi immunologici ancora esistenti, il numero delle persone salvate con operazioni di trapianto cardiaco sarà inferiore. Quale, dunque, il criterio da seguire secondo il diritto, nel caso che un'azione civile, oppure penale, sia iniziata dai familiari di uno di quei pazienti così deceduti? A nostro avviso è probabile che i giudici si pronuncino a favore dell'ospedale. « La scienza medica ha portato grandi benefici all'umanità, ma questi benefici si accompagnano a rischi notevoli. In tutti gli interventi chirurgici è presente il rischio... Anche i medici, come tutti noi, han bisogno di apprendere attraverso l'esperienza; e spesso l'esperienza insegna duramente » (79).

(77) *Levine v. Morris* [1970], 1 All E.R., p. 144, per Sachs L.J. a p. 149.

(78) FRIED, *op. cit.*, 1416.

(79) *Roe v. Minister of Health* [1954] 2 Q.B. 66, per Denning L.J. a p. 83.

In contrasto con la precedente, è la situazione del chirurgo che ha alte probabilità di salvare il paziente mediante un'operazione di trapianto, ma l'unico donatore disponibile sia — per quanto in stato di come irreversibile — clinicamente vivo. Il problema potrebbe essere evitato — così come si è fatto in Francia e Svezia — a mezzo dell'adozione di una definizione di morte sostanzialmente ampia. Se così non fosse possibile, tuttavia è inconcepibile che la maggioranza dei sistemi giuridici dell'area occidentale possa autorizzare un intervento chirurgico di questa natura che pure, nell'immediato, salverebbe una vita e, nei tempi lunghi — contribuendo al comune patrimonio d'esperienza delle tecniche chirurgiche ed immunologiche — presumibilmente, ne salverebbe molte di più. Per il fatto che la vita del donatore è conosciuta, il diritto la proteggerà, secondo modalità diverse da quelle delle astratte proiezioni statistiche, e ciò, nonostante che l'esito finale venga ad essere irrazionale, in quanto implica una riduzione del numero globale delle vite salvate.

Comunque, le esigenze della razionalità sono insopprimibili. In Gran Bretagna, circa duemila persone muoiono ogni anno per insufficienza renale irreversibile relativa a pazienti suscettibili di trapianto. Similmente, si verificano da duecento a cinquecento decessi per affezioni epatiche, laddove il ricorso al trapianto mediante tecniche ancora migliorate permetterebbe di salvare il paziente ⁽⁸⁰⁾. Il trapianto di rene può essere effettuato da donatori vivi o morti, quantunque, nel primo caso, il numero di sopravvivenze risulti significativamente più elevato ⁽⁸¹⁾. In caso di trapianto di fegato o cuore, si può solo ricorrere a donatori morti, e i tempi tecnici dell'intervento sono d'importanza cruciale. Un fegato dev'essere rimosso da un cadavere entro quindici minuti dalla morte e trapiantato entro cinque ore. Un cuore dev'essere rimosso entro dieci minuti dalla morte.

Una possibile soluzione sarebbe, naturalmente, quella di autorizzare i chirurghi ad anticipare il corso della natura, prelevando gli organi prima della morte formalmente constatata. Un'alter-

⁽⁸⁰⁾ *Report on Organ Transplantations* del Bar Council Law Reform Committee, 1971.

⁽⁸¹⁾ *Kidney Transplantation Registry's Eighth Report*, March 1971.

nativa, meno radicale, fu proposta dalla Commissione *Brodrick*; quella, cioè, di fare attribuire ai *coroners* il potere di autorizzare — prima della morte del potenziale donatore — il prelievo di un organo, da effettuarsi appena dopo il decesso. La Commissione respinse la proposta: « Il *coroner* non può avere la facoltà di dare una autorizzazione prima che il potenziale donatore sia, di fatto, morto ... La decisione di staccare un respiratore artificiale è una decisione clinica e, come tale, può esser presa solo da chi ha la responsabilità medica del paziente » ⁽⁸²⁾. Tale rifiuto di prendere in considerazione uno snellimento giuridico del problema nasce verosimilmente dalla volontà di non contrastare intuizioni morali e timori diffusi nel pubblico, che suggeriscono all'immaginazione nugoli di medici librarsi come avvoltoi intorno al letto del paziente prossimo alla morte. L'irrazionalità di tale atteggiamento non è, tuttavia, suscettibile d'ispirare rispetto ai chirurghi, i quali guardano oltre, alla conseguente riduzione del numero delle vite salvate. Come ha dichiarato il Professor Beecher, di Harvard: « Abbiamo finora persistito nel terribile errore di gettar via tessuti ed organi di pazienti in coma irreversibile, che avrebbero potuto, invece, essere utilizzati per trapianti. L'ostinazione ad eludere le decisioni cruciali non serve che a consegnare molte vite alla tomba » ⁽⁸³⁾.

È questo il nodo vitale del dilemma che si porrà ai giuristi, al momento in cui si accingeranno a riconsiderare i tradizionali criteri valutativi della vita. Fried ha osservato che: « la morale comune, come pure le intuizioni giuridiche, potrebbero anche non corrispondere al modello di razionalità [dell'economista] » ⁽⁸⁴⁾. Nella misura in cui la scienza giuridica intende essere una disciplina razionale, è possibile segnalare l'improrogabilità e la giustezza dell'istanza del riconoscimento ufficiale d'una strategia che massimizzi la vita e che, per ciò stesso, le conferisca un valore superiore. Per un altro verso, il diritto non può ignorare del tutto le intuizioni morali comuni, presenti all'interno della società che si propone di servire e da cui dipende la credibilità

⁽⁸²⁾ *Report on Death Certification, cit.*, par. 17, p. 28.

⁽⁸³⁾ Cit. da KENNEDY, *op. cit.*, p. III.

⁽⁸⁴⁾ FRIED, *op. cit.*, p. 1418.

del diritto stesso, irrinunciabile ai fini della sua esistenza. È assunto indiscutibile che l'introduzione di leggi razionali ed umane abbia spesso, in passato, razionalizzato e umanizzato la morale popolare. In una materia d'importanza capitale, quale è quella che attiene al diritto della vita, una prevaricazione dell'opinione pubblica potrebbe, tuttavia, portare a gravi ripercussioni. Per i casi in cui il pericolo di morte si riduce ad un'astrazione statistica, il diritto ha già acquisito un grado notevole di razionalità. Per i casi in cui il problema riguarda la protezione di una persona conosciuta, molto può esser fatto, purché si adottino criteri realistici per la definizione giuridica del concetto di vita e di morte e si sviluppino procedure adeguate per la certificazione della avvenuta morte, tali da conciliare l'esigenza di proteggere la vita di organismi ancora vitali con i rischi leciti connessi allo sviluppo delle tecniche chirurgiche. Per tutto il resto, il giurista dovrà volgersi a queste discipline, nel perseguimento di una più alta razionalità, per istruire e sensibilizzare l'opinione pubblica, aprendo così la strada a modifiche più radicali della futura speculazione giuridica.

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA (*PRIVACY*)

Lo spirito della tradizione giuridica occidentale è chiaramente espresso in Locke:

« Scopo del diritto non è sopprimere o limitare la libertà, ma preservarla e ampliarla. Difatti, in tutti gli stadi di consorzi umani in grado di darsi delle leggi, dove manca il diritto non c'è libertà. Invero, libertà significa assenza di costrizioni o violenze altrui; e ciò non può essere in mancanza di leggi; giacché non è libertà, come è stato detto, che ciascuno faccia quanto gli aggrada » ⁽¹⁾.

È in questa centralità riconosciuta ai diritti dell'individuo, ad una tutela da interferenze provenienti da altri individui o enti, pubblici o privati, che va individuato il nucleo primario nello sviluppo del concetto di protezione giuridica della sfera privata (*privacy*). E tuttavia, per quanto grande possa essere il riconoscimento di una tale esigenza, resta inevitabile che la creazione di un vero diritto di tutela dell'integrità individuale implichi alcuni fattori restrittivi delle libertà altrui ⁽²⁾. Libertà che possono, esse stesse, comprendere istanze irrinunciabili, come ad

⁽¹⁾ *Second Treatise of Civil Government*, sec. 57 [trad. it. cit., p. 92].

⁽²⁾ Cf. *Report of the Committee on Privacy* (Younger Committee), 1972, Cmnd. 5012; e.g. par. 23: « Abbiamo costantemente tenuto presente che la *privacy* non può essere considerata un diritto assoluto. Il diritto di un individuo alla riservatezza deve essere controbilanciato dai diritti degli altri ».

⁽³⁾ Cfr. A. R. MILLER, *Personal Privacy in the Computer Age*, in 67 *Michigan L. R.*, 1969, p. 1140-1154. Cfr. *Report, cit.*, cap. 9.

esempio avviene nel caso della libertà di stampa, della libertà delle aziende di assumere informazioni a garanzia di attività economiche ⁽³⁾, della libertà dei governi di preservare la sicurezza delle comunità ⁽⁴⁾, della libertà del pubblico di accedere all'informazione sull'attività dello Stato in misura tale da consentire un'analisi e un controllo adeguato dell'Esecutivo ⁽⁵⁾. Per tutto ciò, un'analisi della *privacy* in quanto diritto non può essere disgiunta da una valutazione delle esigenze di chi intenda, con essa, interferire.

Problemi di definizione.

Il recente sviluppo del diritto di *privacy* può spiegarsi attraverso la indeterminatezza del concetto. Anche le società primitive accordano ai propri componenti una qualche rudimentale forma di tutela dell'integrità fisica, sia pure per evitare la disintegrazione sociale nel sangue della faida. Per questo, le percosse o l'invasione di proprietà altrui furono subito riconosciute come illeciti. Solo in epoche meno remote, tuttavia, l'ambito del diritto fu esteso a disciplinare minacce, diffamazione o immissioni di odori. Un beneficio oggi tanto intangibile come quello della *privacy*, prima dell'ultima decade del diciannovesimo secolo non fu neppure preso in considerazione. Il suo processo evolutivo fu descritto in un articolo pionieristico di Warren e Brandeis: «L'obiettivo di questi diritti è andato gradatamente ampliandosi e, oggi, il diritto alla vita è giunto a significare il diritto di godere della vita, ossia il diritto di stare soli» ⁽⁶⁾.

Due fattori chiaramente hanno contribuito a questo tardivo riconoscimento. In primo luogo, questo diritto era compatibile, quanto meno a livello superficiale, con l'individualismo liberale

⁽⁴⁾ Si notino le limitazioni nei termini di riferimento del *Committee on Privacy* alle interferenze nella riservatezza da parte di privati, organizzazioni o società commerciali», *Report, cit.*, par. I, p. 3-5.

⁽⁶⁾ Ad es. *The Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. 552 (1967). Cfr. MILLER, *op. cit.*, p. 1194: «È estremamente difficile risolvere il conflitto fra il diritto del pubblico a conoscere e il diritto del privato ad esercitare un qualche controllo sulle informazioni [che lo riguardano] in possesso del governo».

⁽⁶⁾ *The Right to Privacy*, in 4 *Harvard L. R.*, 1890, p. 193.

emergente a quell'epoca. È forse significativo il fatto che i regimi totalitari attribuiscono ben poco valore alla sfera privata invero, l'accresciuta presa di coscienza del suo valore — rivelatosi, negli anni recenti, soprattutto nel Regno Unito — è da correlarsi, verosimilmente, al timore di interferenze nell'autonomia personale, del tipo di quelle verificatesi nei paesi a regime comunista o fascista. Inoltre, nonostante che il concetto della sfera privata sia stato spesso respinto da società collettivistiche utopiche, è evidente che il suo valore ha avuto, in epoca successiva, un riconoscimento, come mostrano tra l'altro le istanze di riservatezza di comunità familiari e dell'organizzazione sociale dei kibbutzim israeliani (?).

In secondo luogo: lo sviluppo di nuove tecniche di comunicazione della fine del XIX secolo aveva provocato interferenze nella vita privata, tali da suscitare avversione in chi ne fece esperienza e finire con lo spingerlo ad uno sforzo di introspezione e verifica delle cause di quella ripulsa. « Il pettegolezzo », si legge nell'articolo di Warren Brandeis, « ha smesso di essere una risorsa dei maligni e dei futili, per divenire un commercio che viene perpetrato con abilità e mancanza di scrupoli ». Tale disagio ha assunto dimensioni maggiori nel ventesimo secolo, a causa del rapido sviluppo delle tecniche di raccolta, elaborazione e diffusione di dati riguardanti l'individuo.

Affermare che uno specifico diritto alla riservatezza si sviluppò tardivamente non equivale necessariamente a dire che il diritto dell'epoca antecedente non attribuisse alcun valore alla sfera privata. È certo che il diritto occidentale è intervenuto, per molti secoli, a controllare situazioni che oggi classificheremmo come violazioni di *privacy*. In Inghilterra, il *Justices of the Peace Act*, del 1361, dispose che osservatori e informatori civili avessero il dovere di far mantenere la pace e di osservare un comportamento corretto, mentre, per contrasto, nel XVII secolo si scatenò un violento dibattito di natura costituzionale sulla questione delle perquisizioni e degli arresti disposti in via amministrativa. La *privacy* comunque a quell'epoca — semmai considerata — era vista come un valore sussidiario rispetto ad altri, come, ad esem-

(?) A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, 1967, p. 59.

pio, quello dell'ordine pubblico o quello della libertà politica. L'esistenza di questi valori giuridici, consolidati da lunghissimo tempo, non è di per sé sufficiente ad indicare che la *privacy* abbia avuto, in passato, un suo qualsiasi spazio. Dobbiamo guardarci da categorizzazioni retrospettive basate sul mero fatto che oggi si può attribuire una connotazione di tutela di *privacy* al rispetto per l'ordine pubblico e per la libertà dimostrato in epoche passate. Neppure entro il quadro del diritto moderno si dovrebbe esser troppo pronti a parlare in termini di interferenza nella *privacy*, per casi in cui sarebbero più naturali definizioni alternative. Questo punto fu ben illustrato dalla Commissione *Younger*: il caso di un camino in rovina che crolli all'interno dell'abitazione del vicino è classificato come violazione di *privacy*, « pure, nella maggior parte delle persone, questo fatto non susciterebbe, di per sé, reazioni. Un arresto arbitrario a domicilio interferisce con il godimento di una vita pacifica e presuppone degli ordini; rappresenta anche una violazione della *privacy*, ma è improbabile che venga condannato principalmente a questo titolo » (8).

Un embrione di formulazione della *privacy*, sia come diritto sia come valore complessivo, dovette attendere fino a che lo sviluppo della stampa di massa ne fece un problema d'attualità; e in Inghilterra, solo negli ultimi decenni si son fatti seri sforzi per riconoscere la *privacy* come uno specifico diritto (9).

Al riguardo, si è venuta creando una certa confusione — indubbiamente provocata dall'ambiguità del termine « diritto » (*right*) — sia in Gran Bretagna sia in dichiarazioni internazionali; così, ad esempio, nell'articolo 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, o nell'articolo 17 dell'Accordo Internazionale sui Diritti Civili e Politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 (10). Come fa rilevare D. N. MacCormick,

(8) *Report, cit.*, par. 62; cfr. par. 74: « ... una volta che questo concetto venga analizzato nei suoi molteplici aspetti parziali, si deve tener conto di un'enorme materiale di ricerca, dagli studi antichi fino alle critiche avanzate dall'*Official Secrets Act* ».

(9) Cfr., ad es., i progetti di legge presentati da Lord Mancroft (1961) e dai deputati Lyon (1967), Walden (1970) e Huckfield (1972).

(10) (Art. 1): « nessuno sarà soggetto ad interferenze arbitrarie o illegali nei riguardi della *privacy*, famiglia, casa o corrispondenza privata, né ad attacchi

l'accezione più comune è quella classificata da Hohfeld come « diritto soggettivo », con correlativo dovere altrui di non ingerenza, in opposizione a « privilegio », quale è, ad esempio, il diritto alla libertà di parola, che non implica un dovere correlativo, ma si concreta unicamente nella libertà di esprimere certe opinioni ovvero di astenersi dal rivelare i propri pensieri ⁽¹¹⁾. Tuttavia, anche il diritto alla *privacy* può implicare un privilegio del tipo definito da Hohfeld: la libertà, ad esempio, dall'obbligo di fornire determinate informazioni allo Stato, o l'immunità dall'utilizzazione delle stesse informazioni — da parte dello Stato —, ad esempio, come prova a carico in un processo penale. Il significato del termine « diritto soggettivo » varierà quindi, inevitabilmente, col variare del contesto.

Ambiguità ancora maggiori nascono dal termine « *privacy* » ⁽¹²⁾. A tutt'oggi, non vi è accordo su nessuna definizione. Se è vero che « il concetto di *privacy* causa poche difficoltà al comune cittadino: egli può, difatti, identificare con facilità la sfera della propria esistenza che considera solo sua » ⁽¹³⁾, in realtà, però, un'analisi giuridica di quello stesso concetto esige precisione maggiore. Le definizioni finora date vanno dal « diritto d'esser lasciati soli » a quella di « relazione zero tra due individui o tra un gruppo e un individuo » ⁽¹⁴⁾ proposta dallo Shils. Anche le posizioni in senso politico-ideologico sono, al riguardo, estremamente varie. Da un lato, vi è il punto di vista 'liberal', quale è illustrato ad esempio dall'uso che della nozione di *privacy* ha fatto la Corte Suprema degli Stati Uniti al fine di affermare la costituzionalità della libera informazione sui mezzi di contraccizione e di controllo delle nascite ⁽¹⁵⁾, ovvero per proteggere i cittadini da interrogatori di tipo vessatorio condotti dall'autorità

illegali contro il suo onore o contro la sua reputazione. (Art. 2) Ognuno ha il diritto alla tutela legale da tali interferenze e attacchi»; cfr. *Privacy and Human Rights* (ed. A. H. Robertson), 1973.

⁽¹¹⁾ 89 L.Q.R., 1973, 23; cfr. la critica di N. S. MARSH, *ibid.*, 183.

⁽¹²⁾ Per un catalogo di definizioni, cfr. *Report, cit.*, Appendix K.

⁽¹³⁾ *Report, cit.*, par. 13.

⁽¹⁴⁾ 31 *Law and Contemp. Problems*, 1966, p. 280.

⁽¹⁵⁾ *Griswold v. Connecticut* (1965) 381 U.S. 479.

di polizia ⁽¹⁶⁾. Dall'altro lato, vi è il punto di vista della destra, come è dimostrato ad esempio dalla campagna di proteste che sollevò negli anni '50 l'introduzione di test psichiatriche nelle scuole elementari nordamericane. Di recente, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il diritto alla *privacy* contenuto, implicitamente, « nel Quattordicesimo Emendamento sulla libertà personale ... è sufficientemente ampio da includere la facoltà di una donna di decidere se interrompere o meno la propria gravidanza » ⁽¹⁷⁾. Stante una tale varietà di interpretazioni ed applicazioni possibili della *privacy*, qualcuno potrebbe essere portato a condividere la sconsolata affermazione del Kalven, secondo cui si avrebbe qui « una figura di illecito (*tort*) senza nessuna fisionomia » ⁽¹⁸⁾. Affermazione cui si è replicato aspramente da parte del Bloustein che « la ragione vera per cui Kalven non vede la fisionomia di questo tipo di illecito è proprio perché non vuole vederla » ⁽¹⁹⁾.

Gli stessi propugnatori dell'affermazione di un diritto generale di *privacy* ammettono la difficoltà di concretare una qualsiasi formula precisa o logica, in grado di contenere la dimensione della sfera privata dell'individuo o di definirla in modo esauriente ⁽²⁰⁾. Ciò, essi sostengono, potrebbe anche risultare controproducente, nel senso che rischierebbe di limitare il concetto in modo improprio. Una descrizione più ampia e flessibile di ciò che debba intendersi per *privacy* potrebbe forse essere più opportuna, per il fatto che renderebbe il concetto adattabile alle esigenze della dinamica sociale, e ad eventuali nuove tecniche di invasione della sfera privata. Vi è forza in questa argomentazione, ma essa è esposta a due critiche. Primo: una definizione, per quanto ampia, data ai giudici, come elemento di guida, si risolverebbe prima o poi in un complesso di norme ben precise. Questa stessa conseguenza creerebbe, com'è stato rilevato dalla Commissione *Younger*, un duplice inconveniente. Lo

⁽¹⁶⁾ *Miranda v. Arizona* (1966) 384 U.S. 436.

⁽¹⁷⁾ *Roe v. Wade* (1973) U.S. 35 L. Ed. 2d, 147, per Justice Blackmun a p. 177.

⁽¹⁸⁾ 31 *Law and Contemp. Problems*, 1966, p. 326.

⁽¹⁹⁾ 46 *Texas L. R.*, 1968, p. 611-618.

⁽²⁰⁾ *Privacy and the law*, Justice Report, 1970.

sviluppo di quelle norme seguirebbe un processo lento ed incerto. « Un complesso di precedenti (*case-law*), in grado di dare in una certa misura fiducia ai cittadini e ai loro legali — riguardo a ciò che rientri e ciò che non rientri nell'ambito del diritto — si svilupperebbe solo a piccoli passi » ⁽²¹⁾. Inoltre, una volta sviluppate, le singole norme verrebbero probabilmente ad irrigidirsi ingiustificatamente. « È opinabile che un problema come quello della *privacy*, soggetto a così rapide modifiche sul piano delle convenzioni sociali, possa essere adeguatamente regolato sulla base di decisioni giudiziali (*case-law*) accumulanti con lentezza, che tenderebbero, sempre, a riflettere i valori di un quadro sociale anteriore, piuttosto che di quello presente » ⁽²²⁾.

La seconda obiezione: se la *privacy* non si presta ad essere definita con precisione alcuna, è, evidentemente, un diritto che non può e non dovrebbe essere tutelato giudizialmente. L'assenza di una definizione giuridica provocherebbe, non solo incertezze in ordine a ciò che è opportuno tutelare, ma — ben più cruciale sul terreno del principio di legalità (*rule of law*) — un'incertezza riguardo alle interferenze da proibire. Fintantoché quel diritto non potrà essere definito con precisione, l'ambito delle decisioni ad esso correlate sarà discrezionale e, quindi arbitrario. Ciò risulta particolarmente inquietante quando si reclaims l'intervento del giudice penale, oppure — nel caso si proceda civilmente — quando si domandino inibitorie (*injunctions*) limitative della libertà o risarcimenti pur — come è probabile — in assenza di un danno concreto da parte dell'attore. L'eventuale accoglimento — infatti — di tali domande tenderà a riflettere piuttosto la disapprovazione dei giudici per certe forme di interferenze, assumendo così una natura — sostanzialmente se non formalmente — punitiva. Furono tutte queste considerazioni ad indurre gran parte dei membri della Commissione *Younger* a respingere la tesi favorevole al riconoscimento di un diritto generale di *privacy*; per il rischio che un tale diritto — secondo le loro dichiarazioni — ostacolerebbe la libertà d'informazione.

⁽²¹⁾ *Report, cit.*, par. 40.

⁽²²⁾ *Ibid.*, par. 42; cfr. cap. 4 e Appendix K; cfr. la simile obiezione a una definizione legislativa della vita, *supra*, p. 242-243.

L'assenza di una definizione precisa è stata indubbiamente una delle cause della riluttanza dei giudici inglesi ad affermare un tale diritto. È vero che alcuni autorevoli precedenti hanno fatto riferimento ad un concetto di *privacy*. Così, nel caso *Prince Albert v. Strange*, si invocò la *privacy* per impedire la pubblicazione di alcune litografie del principe ⁽²³⁾. Non essendo pensabile che il principe avesse potuto desiderare di farne un uso commerciale, è difficile vedere quale altro diritto nei suoi confronti avesse potuto essere violato dalla pubblicazione, se non quello della sua *privacy*. Fonti più recenti, tuttavia, respingono con fermezza qualsiasi riferimento all'esistenza di quel concetto nell'ambito del diritto inglese. Nel caso *Tolley v. Fry*, il giudice Greer si è così espresso: « Non ho alcuna esitazione ad affermare che, a mio giudizio, i convenuti, nel pubblicare l'inserzione (in cui un noto giocatore di golf elogiava il cioccolato Fry) ... senza aver prima ottenuto il consenso del Tolley, agirono in maniera incompatibile con le norme del vivere civile, e ciò facendo, si resero colpevoli di un atto, per il quale dovrebbe esserci un rimedio giuridico. E tuttavia, a meno che una fotografia, caricatura o nome di una persona, venga divulgata nell'ambito di un contesto tale da far sì che la pubblicazione possa esser definita offensiva, a tenore della normativa inerente alla diffamazione, essa non può costituire oggetto di domanda in giudizio » ⁽²⁴⁾. Secondo le dichiarazioni della Commissione *Porter* sulla diffamazione (1948), l'interferenza nella sfera privata dell'individuo è una mera trasgressione al « buon gusto » ⁽²⁵⁾. Concetti amorfi come « buon gusto » o « norme del vivere civile » non riguardano e non dovrebbero riguardare il diritto.

In passato il diritto inglese attribuì valore alla riservatezza del cittadino solo incidentalmente, nel perseguimento di altri obiettivi, quali, ad esempio, la tutela dell'onore nell'ambito delle leggi sulla diffamazione, la tutela della proprietà immobiliare in relazione al *trespass*. Pertanto, la *privacy* si è sempre trovata a

⁽²³⁾ (1849) 2 De G. and Sm. 652.

⁽²⁴⁾ [1930] 1 K.B. 467 a p. 478.

⁽²⁵⁾ Cfr. *Privacy Report, cit.*, par. 68-71: « Riteniamo che porre qualcuno in cattiva luce è piuttosto un aspetto della diffamazione che non della riservatezza ».

dover dipendere da fattori del tutto rilevanti rispetto a questi obiettivi, ma irrilevanti invece rispetto alla protezione della sfera privata individuale in sé. Mr. Tolley ottenne un risarcimento in base al fatto che l'inserzione fu considerata un'offesa per la sua reputazione di giocatore dilettante di golf. Ma che sarebbe avvenuto nel caso si fosse trattato di un giocatore professionista, un ministro o un attore del cinema? La sua *privacy* avrebbe subito un'invasione: malgrado ciò, non sarebbe stata accordata nessuna tutela. In modo analogo: la *privacy* è violata dall'impiego di strumenti-spia quali microfoni parabolici o teleobiettivi: e ciò, anche quando non esista, in concomitanza, un'ipotesi di *trespass*. Così ancora, un cliente d'albergo può aver motivo di lamentarsi nel caso venga installato nella propria stanza un microfono-spia anche se non ha veste per agire a titolo di *trespass* (non essendo egli il proprietario dell'immobile). Eppure, il diritto inglese considera la *privacy* nient'altro che un valore extragiuridico o, tutt'al più un valore ['parassitico'] riflesso di altri. Come fu dichiarato molti anni fa, nel corso di un caso che ebbe luogo negli Stati Uniti: «L'equità non si cura dei sentimenti dell'individuo ... se non nel caso in cui gli svantaggi o i fastidi che possono derivare alla persona non siano connessi con il possesso o il godimento di beni» (26).

La Commissione *Younger* rilevò il contrasto fra l'assenza di un diritto alla *privacy* nell'ambito della giurisprudenza inglese, e il riconoscimento di tale diritto in alcuni paesi di *civil law*; ed equiparando il diritto di *privacy* alla libertà di espressione e di riunione, sottolineò la maggiore disponibilità di questi paesi ad affermare diritti di carattere generale, lasciando così al giudice una maggiore discrezionalità interpretativa (27). Tali argomentazioni risultano indebolite dal fatto che la Commissione *Younger* non fece la dovuta distinzione tra un vero e proprio «diritto soggettivo» (con obbligo correlativo) e «privilegio»; ma rimane tuttavia vero che in altri paesi, come ad esempio in Francia, esiste una tutela generalizzata del *droit de la personnalité* o, nella Ger-

(26) *Robertson v. Rochester Box Co.* 171 N.Y. 538.

(27) *Report, cit.*, par. 35, p. 92-95; e Appendix J. Cfr. sopra la critica del McCormick di questa imprecisione della dottrina di Hohfeld.

mania Federale del *Persönlichkeitsrecht*, che non ha equivalenti nell'ambito del diritto inglese, e che, di fatto, implica limitazioni della libertà di stampa e altre forme potenziali d'invasione. In ogni modo, è difficile dimostrare la fondatezza d'una tesi in favore del riconoscimento di un diritto di *privacy* generalizzato, derivandolo dall'esperienza del *civil law*. La Commissione *Younger* ammise che « esistevano ben pochi segni in grado di dimostrare chiaramente che il 'case-law' sviluppatosi entro l'ambito del *Persönlichkeitsrecht* sia riuscito, di per sé, a creare un clima migliore per il rispetto della riservatezza; per quanto riguarda la Francia, l'esperienza del nuovo articolo 9 *Cod. civ.* introdotto da una legge del luglio 1970, è ancora limitata nel tempo; in Italia, la Corte Costituzionale fu chiamata solo nel 1973 a decidere sul diritto d'impedire la diffusione a mezzo stampa di fotografie compromettenti (*).

Prima ancora di essere riconosciuta come diritto, la *privacy* deve non solo essere definita con una qualche precisione, ma deve anche sottostare ad un'analisi volta a stabilire se essa contenga un suo valore intrinseco, o se, al contrario, sia meramente incidentale ad altri scopi giuridici quali, ad esempio, la tutela della reputazione o il mantenimento delle libertà politiche. Ed inoltre, quand'anche la *privacy* avesse un suo proprio valore specifico, o anche solo derivato merita d'essere oggetto di protezione *giuridica*? E se così fosse, quale forma dovrebbe assumere tale protezione? Infine, in che misura può una siffatta formulazione del problema ritenersi utile, quando rapportata alla più ortodossa analisi delle libertà che verrebbero ad essere ridotte, dalla protezione della *privacy*?

L'interessamento al problema di descrivere, valutare e, se possibile, definire la sfera privata dell'individuo è testimoniato dalla recente letteratura giuridica statunitense. Il risultato è stato un superamento dell'idea tradizionale della *privacy* come diritto di 'essere lasciati soli'. In realtà tale concetto è divenuto inadeguato in una società complessa come è l'attuale, in cui l'individuo, mentre da un lato rinuncia a valersi di un tale diritto, con il suo costante coinvolgimento nella dinamica sociale,

(*) [C. Cost. n. 38 del 5 aprile 1973].

da un altro lato rimane esposto agli abusi connessi al rapporto di comunicazione con gli altri, che questo tipo di società implica. Ecco come Westin descrive la *privacy*: « la rivendicazione da parte di individui, gruppi o istituzioni, di decidere per proprio conto — quando, come e in che misura — i tempi, i modi e i limiti entro cui possono essere fornite a terzi informazioni che li riguardano direttamente » (28). L'elemento centrale, qui, è il *controllo*. Se un uomo è ammalato può ben voler rinunciare al diritto di esser lasciato solo; può accogliere con sollievo la presenza del proprio medico, che lo curi, o della propria famiglia, che lo conforti; ma sarebbe un'invasione crudele della sua riservatezza personale, dar libero accesso a chiunque nutra la curiosità di osservare le sue sofferenze.

Il fattore del controllo mette subito in guardia il giudice. Ciò perché una parvenza esteriore di accettazione da parte dell'individuo a fornire o diffondere informazioni sul proprio conto non è di per sé sufficiente garanzia che l'assenso sia incondizionato e volontario (29). Di fatto, un uomo può rivelare particolari intimi che lo riguardano dietro spinte d'ordine morale; le esigenze, ad esempio, delle relazioni familiari o i precetti del proprio credo religioso. Ovvero, può farlo sotto pressioni di natura economica, come quando, ad esempio, si sottopone ad un esame della propria personalità effettuata dal proprio datore di lavoro, ben sapendo che se ciò non facesse non avrebbe probabilità d'impiego o di promozione (30). Può accadere che si trovi, quando abbia necessità d'un prestito, a dover rispondere a domande poste da un istituto di credito. Similmente, come ebbe a rilevare Miller, per il fatto che i pagamenti statali di benefici finanziari sono divenuti un aspetto dominante della società occidentale, « l'accesso alla sovvenzione statale ... è venuta sempre più a dipendere dal rilascio di informazioni private » (31). Non è comunque facile riconoscere, per quel che realmente sono, tutte le forme di pres-

(28) *op. cit.*, 7.

(29) Cfr. il punto simile relativo alla regolamentazione dell'effettivo consenso alla eutanasia volontaria; cfr. *ante*, p. 245.

(30) *Report, cit.*, cap. II.

(31) *op. cit.*, 1103.

sione possibili dirette ad ottenere l'assenso all'interferenza nella sfera privata. Così, può accadere che una casalinga risponda alle domande sottoposte da chi effettua ricerche di mercato di porta in porta, obbedendo a pressioni occulte, di cui personalmente non è conscia. Sfere tradizionali di riservatezza, quali quella concernente il credo politico o religioso, o il comportamento sessuale ⁽³²⁾ tendono oggi a venir erose proprio a motivo del fatto che i problemi e le esperienze relativi sono oggetto di continui dibattiti e vengono largamente pubblicizzati. Resta aperto al dubbio il quesito su quanta parte del consenso accordato a limitazioni del genere sia realmente spontaneo e libero.

Su questi temi permane una tale incertezza, da rendere difficile ipotizzare un qualsiasi sistema di norme giuridiche in grado di disciplinare la materia con precisione adeguata. Il diritto giungerà, presumibilmente, a contemplare l'invasione della sfera privata; si muoverà nel senso di un controllo dei mezzi d'accesso e diffusione dell'informazione soltanto per i casi in cui le ingerenze avvengano all'insaputa degli individui coinvolti o in spregio alla loro opposizione o, ancora, in caso il consenso accordato non sia ritenuto valido dalla legge.

Sarebbe assurdo chiedersi se si è o no d'accordo a presentare la dichiarazione dei redditi o a compilare la scheda di censimento, dato che ogni riserva di obiezione al consenso sarebbe nullificata dall'obbligo giuridico di farlo in ogni caso. Per i motivi esposti, siamo del parere che perfino il concetto di « controllo » della sfera privata riuscirà in misura solo limitata a facilitare la definizione delle problematiche relative, e creare mezzi di tutela per l'individuo.

La « privacy » come valore.

Può la definizione di *privacy* in termini di controllo, quale è offerta da Westin, costituire un valore degno di riconoscimento giuridico, come diritto autonomo ovvero anche come giustificazione di altri diritti quali quelli di proprietà, libertà d'espressione e simili?

⁽³²⁾ WESTIN, *op. cit.*, p. 53.

Le obiezioni possibili alla violazione della sfera privata dell'individuo varieranno, subordinatamente al fatto che chi la subisce ne sia o no consapevole. Una consapevolezza in questo senso può essere causa, per l'individuo, di sofferenze notevoli. Timore di rappresaglie d'ordine pratico nel caso, ad esempio, che i suoi convincimenti politici siano rivelati al datore di lavoro, ad un cliente in affari o ad un funzionario di polizia. La sua condotta, pur non risolvendosi in una violazione penale, può essere contraria alle regole di un determinato ambiente sociale. La certezza di non avere possibilità di controllo sulla divulgazione di aspetti specifici del proprio comportamento può indurlo ad agire in modo diverso da come avrebbe spontaneamente agito, e ciò, al solo fine di sottrarsi alle critiche, o, in modo opposto, comportarsi in privato nella maniera che gli è congeniale, senza però ignorare che anche questa sua sfera particolare è esposta a ingerenze e disapprovazioni. Sia l'una che l'altra condizione sottopone l'individuo a tensione e limitazioni discutibili. Invero, ciò può verificarsi anche se la sua condotta non è stravagante, purché esista in lui un timore, anche lieve, di biasimo esterno. Qualsiasi ex studente ammetterà di aver provato un senso d'inibizione ogniqualvolta, in occasione di un esame, un insegnante lo abbia sorvegliato alle spalle, mentre scriveva.

Tali riflessioni trovano sostegno in alcuni dati forniti alla Commissione Younger, secondo cui, in paesi a regime totalitario — ove la sicurezza politica dipende da una stretta sorveglianza, o da restrizioni della sfera privata dei singoli membri della collettività — si registra « un aumento delle malattie mentali indotte da tensione o, quanto meno, una riduzione delle facoltà immaginative e creative della società nel suo complesso » (33). Uno psicoanalista giunse alla conclusione che « gli effetti a lungo termine saranno quelli di una generale alterazione del carattere degli individui — che in quel paese specifico diverrà la norma — avente configurazione che nel nostro paese sarebbe, certo, definita patologica ».

Nel caso di violazioni della sfera privata di cui la vittima non abbia consapevolezza non può parlarsi di limitazioni o tensione;

(33) *Report, cit.*, par. 108-112.

permangono, tuttavia, motivi di critica ugualmente seri. Delle informazioni ottenute per vie segrete può farsi un uso che non sarebbe stato possibile qualora l'individuo direttamente interessato fosse stato a conoscenza dell'accaduto o, *a fortiori*, qualora egli avesse avuto possibilità di seguire, fin dall'inizio, l'intera dinamica dei fatti. Riconosciamo che quest'ultimo argomento tende a creare un circolo vizioso, dato che postula un diritto di controllo dell'individuo su informazioni che lo riguardano e, a sua volta, questo stesso controllo implica la conoscenza dell'accaduto. Tuttavia, dall'invasione segreta nella sfera privata scaturiscono problemi specifici. Ad esempio, può darsi il caso di un uomo propenso ad informare una ristretta cerchia di amici o colleghi su dettagli che lo riguardano, ma che non desideri renderli noti a curiosi esterni o, comunque, alla gente in genere. Il problema diviene più acuto quando l'elemento estraneo ed indiscreto sia costituito da strumenti meccanici, la cui presenza può essere facilmente dissimulata. Come ebbe a dire il giudice americano Brennan: « Non è irragionevole ... pretendere dalla gente che usi discrezione nella scelta dell'uditorio, e che riveli segreti o notizie riservate solo a persone sul carattere e sugli intenti delle quali egli abbia piena fiducia ». D'altro canto, la sorveglianza clandestina (soprattutto se effettuata con mezzi meccanici) espone l'individuo ad un ascoltatore sconosciuto, « una terza parte che non è possibile escludere dalla conversazione, come può invece farsi nel caso di normali curiosi abbassando la voce o spostandosi verso un luogo appartato ... Quel rischio potrebbe evitarsi in un solo modo: tacendo in ogni circostanza »⁽³⁴⁾. Consideriamo il caso di un discorso la cui logica sia legata alla globalità del contesto; può accadere che l'oratore, nel porgerlo, si lasci andare a dei commenti ironici, oppure sfiori altre tesi, all'unico scopo di ribadire la validità della tesi di fondo; l'estrapolazione di quegli incisi, e la loro divulgazione come contesto definito, falserebbe il contenuto reale del discorso.

Possono pertanto addursi argomentazioni di taglio utilitaristico molto valide in favore dell'istituzione di un diritto di *privacy*, sulla base del fatto che, in sua assenza, l'informazione po-

(34) *Lopez v. U. S.* (1963) 373 U.S. 427 a p. 450.

trebbe cadere in mani sbagliate, ovvero essere impiegata per fini evidentemente discutibili, quali ricatti, persecuzioni o riduzioni della libertà politica e religiosa ⁽³⁵⁾.

Tali argomentazioni possono estendersi alla tutela di altri valori di considerevole importanza, come la « libertà di associazione e diritto di godere della *privacy* all'interno dell'associazione di cui si è parte » ⁽³⁶⁾, e, ancora, il diritto di avere e professare opinioni personali al riparo da interferenze governative. La Corte Suprema degli Stati Uniti ebbe a considerare la *privacy* come un mezzo per creare « una sfera di rispetto in cui i convincimenti personali dell'individuo divengono inviolabili. Secondo la filosofia di Jefferson « le opinioni degli uomini non costituiscono oggetto di controllo da parte del Governo civile, né sono sotto la sua giurisdizione » ... » ⁽³⁷⁾. E comunque, può il problema considerarsi, a questo punto, risolto? Può un valore intrinseco essere attribuito alla *privacy*, al di là di considerazioni d'ordine pragmatico di tale natura? Esisteva ad esempio, un qualche valore inerente, nella determinazione di Sir Thomas More di mantenere il silenzio, al di fuori della speranza di potere, in qualche modo, evitare le conseguenze politiche di un'aperta opposizione al re?

Il problema è stato ampiamente esaminato e discusso negli Stati Uniti, soprattutto ad opera di Fried. « *La privacy* », egli sostiene, « è molto più di una possibile tecnica sociale per assecondare questo o quell'interesse » ⁽³⁸⁾. Secondo tale punto di vista, un'analisi puramente *strumentale* della *privacy* è inadeguata e pericolosa. Essa renderebbe tale valore vulnerabile in quanto, se pure, in un caso concreto si può esser d'accordo con le obiezioni di natura pragmatica riguardanti la violazione, si può nondimeno desiderare di assicurare all'individuo la piena facoltà di controllo sulle informazioni che lo riguardano.

Nella sua analisi dei valori considerati come fini, Fried postula che i valori sociali fondamentali — quelli implicanti rela-

⁽³⁵⁾ Ciò potrebbe accadere per ragioni d'inefficienza dei sistemi di sicurezza; cfr. *Security of the Census of the Population*, 1973, Cmnd. 5365.

⁽³⁶⁾ *N.A.A.C.P. v. Alabama* (1958) 357 U.S. 449 a p. 462.

⁽³⁷⁾ *Schneider v. Smith* (1968) 390 U.S. 17 a p. 25.

⁽³⁸⁾ *An Anatomy of Values*, 1970, p. 139; cfr. 77 *Yale L. J.*, 1968, p. 475.

zioni interpersonali, di cui il diritto può tener conto — sono l'amore, l'amicizia e la fiducia. In loro assenza, asserisce Fried, un'esistenza umana degna di essere vissuta sarebbe impossibile. L'autonomia personale, dal proprio canto, è vitale per l'esistenza di tali valori. Uno degli elementi essenziali dell'amore è la spontanea reciproca cessione di parte di sé all'altro.

Se la *privacy* venisse definita in termini di controllo dell'informazione che riguarda ciascuno, essa implicherebbe la facoltà di concederne, ovvero negarne, l'accesso ad altri. Se fosse eliminato quel potere di controllo, che cosa resterebbe da offrire all'altro nel rapporto d'amore? Il principio d'intimità implica il diritto dell'individuo di condividere una parte della propria personalità con chi egli sceglie, non con il pubblico in senso lato. Pertanto, sostiene Fried, « nel conferire all'individuo questo diritto, la *privacy* crea quel capitale morale che sarà poi disponibile per l'amicizia e l'amore » ⁽³⁹⁾.

La tesi di Fried, pur presentando — come generalizzazione — dei lati convincenti, non ci conduce lontano quanto sembrerebbe, a prima vista, poter fare. Essa postula la sfera privata come requisito essenziale che dà significato all'esistenza umana. Ebbene, se così fosse, la *privacy* avrebbe oramai avuto, senza dubbio, un riconoscimento in quanto valore universale; invero, alcune sfere dell'attività umana sono considerate inviolabili, come Westin ha cercato di dimostrare, persino presso le società più primitive ⁽⁴⁰⁾. Si tratta però, in molti casi, di attività altamente simboliche che hanno ben poco in comune con le necessità pratiche dell'individuo. In occidente si è sempre attribuita molta importanza all'intimità della funzione escretiva, ed una violazione di tale sfera intima viene considerata profondamente umiliante, malgrado l'assenza di qualsiasi possibile danno o inconveniente materiale. È, in ogni modo, difficile vedere come una tale simbolica area di riservatezza possa collegarsi al rapporto d'amore, fiducia o amicizia di cui parla Fried. Sembrerebbe che in molti nuclei sociali, in cui le relazioni personali sono tenute in gran conto — in una famiglia numerosa, ad esempio —, la

⁽³⁹⁾ *op. cit.*, p. 142.

⁽⁴⁰⁾ *op. cit.*, cap. I.

privacy non si estenda oltre limiti simbolici di questo tipo. Nella misura in cui, presso alcune società, la sfera privata è solo considerata nella sua forma simbolica — che niente ha a che vedere con la relazione interpersonale — la teoria di Fried manca di validità universale.

Più importante, ai nostri fini è che la giustificazione data da Fried della *privacy* come valore intrinseco non ci aiuta a stabilire se o — in caso positivo — come essa debba essere tutelata dal diritto; o ancora, ammesso sia degna di divenire un valore giuridico, non ci aiuta a stabilire se sia opportuno considerare i valori ad essa contrapposti — la cui esistenza implica una violazione dell'autonomia personale — come prevalenti oppure no.

Il primo dei due problemi, ancora una volta, ci rimanda all'esigenza di una definizione precisa. Entro quale dimensione va delimitata la sfera di pensiero e l'attività dell'individuo che s'intende tutelare giuridicamente, se si vuole che egli possa godere di una integrità personale? La linea di tendenza è quella di formulare l'argomento in favore della *privacy* nei termini più ampi. Così, l'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1948), stabilisce che «ciascuno ha diritto al rispetto della propria vita personale e familiare, della propria casa, della propria corrispondenza privata». Nel suo classico giudizio dissenziente, espresso in occasione del caso *Olmstead v. U.S.*, il giudice Brandeis dichiarò:

«Gli ideatori della nostra Costituzione s'impegnarono ad assicurare le condizioni favorevoli al perseguimento della felicità. Colsero la significatività della natura spirituale dell'uomo, dei suoi sentimenti e del suo intelletto. Sapevano che poca parte delle sofferenze, del piacere e delle gioie proprie della nostra esistenza è riposta nelle cose materiali. Cercarono di tutelare il cittadino americano nelle sue idee, emozioni e sentimenti. A lui conferirono, contro le interferenze del Governo, il diritto di essere lasciato solo — il più esaustivo fra tutti i diritti — quello tenuto in maggior conto dall'uomo civile» (41).

(41) (1928) 277 U.S. 438 a p. 478.

I possibili rimedi.

Per quali vie può il diritto assicurare all'uomo una tutela così ampia? Uno dei possibili modi sarebbe quello di far sì che nessuno abbia a subire danni ad opera del diritto stesso come conseguenza della violazione e della sua sfera privata. Si potrebbe, ad esempio, propugnare la non ammissibilità di qualsiasi prova ottenuta mediante perquisizioni indebite, intercettazioni telefoniche o arresto illegittimo, ovvero attraverso tecniche d'interrogatori o d'inchiesta che prevaricano la volontà dell'imputato al punto da inibirne la capacità di controllo effettivo su rivelazioni che lo riguardano. Eppure, in ordine a queste problematiche, i sistemi giuridici dell'area occidentale non hanno a tutt'oggi adottato alcun tipo di procedura comune.

Così, ad esempio, sia i giudici inglesi sia quelli americani converrebbero che la confessione non volontaria sia una prova inammissibile. Tuttavia, mentre negli Stati Uniti l'inammissibilità è data dalla violazione della sfera personale (42), il giudice inglese si limita a non riconoscere come veridica una confessione ottenuta con la forza. La ragione della esclusione riguarda la sua efficacia probatoria, non il fatto di essere stata estorta. Ciò si coglie chiaramente nel contrasto tra l'esclusione, da parte della Corte Suprema, di prove ottenute a mezzo di intercettazioni telefoniche o tramite « osservatori » (43) e l'ammissione, da parte del *Privy Council*, delle prove ottenute mediante una perquisizione illegale (44), o il rifiuto delle Corti inglesi di escludere prove di confessioni ottenute in violazione delle *Judges Rules*. « La non osservanza di queste norme può provocare, e a volte provoca, l'esclusione di una presunta confessione; ma, in ultima analisi, tutto dipende dalla decisione del giudice sul quesito se — a prescindere da una eventuale trasgressione di dette regole — la confessione sia stata rilasciata volontariamente » (45).

(42) *Miranda v. Arizona* (1966) 384 U.S. 436.

(43) *Berger v. New York* (1967) 388 U.S. 41; cfr. *R. v. Senat* (1968) 52 Cr. App. R. 282; *Katz v. U.S.* (1967) 389 U.S. 347; cfr. *R. v. Mills* [1962] 1 W.L.R. 1152.

(44) *Kuruma v. R.* [1955] A.C. 197.

(45) Nel caso *R. v. Prager* (1972, 1 All E.R. 1114 a p. 1118), viene accolta la tesi di Lord MacDermott (in 21 *Current Legal Problems*, 1968, p. 10) secondo cui

Purché le prove indichino la colpevolezza dell'imputato inequivocabilmente, il giudice inglese le ammetterà indipendentemente da ogni violazione della sfera privata. Una qualsiasi testimonianza « che sia rilevante e abbia valore probatorio è ammissibile. Il modo in cui essa è stata ottenuta è irrilevante » (46). Di più, ogni potere discrezionale del giudice di escludere materiale — il cui effetto pregiudizievole supera in importanza il valore probatorio — viene esercitato secondo un criterio pratico basato sulla giustizia naturale ». Nel diritto inglese, l'interesse della società alla condanna del colpevole è più elevato — nella gerarchia dei valori — di quanto non lo sia la sfera privata dell'imputato.

La posizione nordamericana tradizionale è esattamente all'opposto. In epoca recente, tuttavia, l'incremento della criminalità altamente organizzata ha portato ad una modifica del primato della *privacy* e a concentrare l'attenzione sulla problematica del *controllo* delle interferenze relative. Un polo di riferimento è stato offerto dalla Corte Suprema nel caso *Katz v. U.S.*, nel corso del quale il giudice Potter Stewart ha sostenuto che, dietro autorizzazione giudiziale, avrebbe potuto essere considerato costituzionale l'uso di meccanismi d'intercettazione, nel senso che un ordine giudiziale « avrebbe potuto coprire le esigenze legittime connesse all'applicazione della legge autorizzando un impiego — rigorosamente valutato e limitato — di dispositivi elettronici di sorveglianza » (47). Il suggerimento fu accolto dal Congresso,

per « interrogatorio vessatorio » si deve intendere quell'interrogatorio che, a motivo della sua natura, durata, o altre circostanze connesse (ivi incluso il fatto dell'essere in stato di detenzione), crea speranze (come, ad esempio, la speranza della liberazione) oppure timore, ovvero influisce sulla mente della persona sospettata in modo da far sì che la sua volontà si confonda ed egli parli mentre in altra situazione avrebbe taciuto ». Il *Criminal Law Revision Committee* (Eleventh Report - Evidence, 1972, Cmnd. 4991) dichiara troppo rigida la norma che rende inammissibile la prova di una confessione conseguente a minacce o promesse. Essa propone che minacce e promesse vengano ritenute inammissibili solo nel caso esse siano di « natura tale da rendere — nelle circostanze esistenti al momento — inaccettabile una qualsiasi confessione resa dell'accusato, in conseguenza di esse » (par. 65).

(46) *R. v. Stevenson* [1971] 1 All E.R. 678 a p. 679. Cfr. anche *R. v. Robson* [1972] 2 All E.R. 699.

(47) (1967) 389 U.S. 347.

e, oggi, la polizia può, dietro autorizzazione del giudice, ricorrere a mezzi quali le intercettazioni telefoniche o simili ⁽⁴⁸⁾.

I giudici scozzesi hanno già da lungo tempo preso atto della necessità di stabilire un equilibrio tra le esigenze della prevenzione e della repressione dei reati, e la sfera privata dell'individuo, nonché il suo diritto alla tutela da perquisizioni e arresti illegali.

« La legge deve adoperarsi affinché si giunga a conciliare due interessi di capitale importanza, suscettibili d'entrare in conflitto fra di loro: da un lato l'interesse del cittadino ad essere protetto contro invasioni illegali o irregolari della propria libertà ad opera delle autorità; dall'altro lato l'interesse dello Stato ad assicurare che le prove relative alla commissione di reati, e indispensabili a far sì che sia resa giustizia, non vengano sottratte alla valutazione dei giudici sulla base di eccezioni di mera forma » ⁽⁴⁹⁾.

I criteri sulla base dei quali il giudice scozzese esercita il proprio potere discrezionale in ordine all'ammissibilità o inammissibilità di prove ottenute irregolarmente, includono la gravità del reato contestato, il grado dell'irregolarità accertata e l'urgenza con cui le indagini furono condotte, come causa delle irregolarità. In definitiva, si tratta di qualcosa di più di una garanzia formale della *privacy*, poiché soltanto nel caso di un reato grave la polizia è disposta a rischiare il biasimo pubblico, ricorrendo deliberatamente a mezzi investigativi illegali. Inoltre, come si è già visto a proposito dei mutamenti dell'esperienza americana, oggi meno rigida del passato nella disciplina delle interferenze nella *privacy* connesse alle indagini della polizia, prima considerate incostituzionali, la mera esclusione di prove illegali rappresenta una

⁽⁴⁸⁾ *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, Title III (1968) 82 Stat. 197.

⁽⁴⁹⁾ *Lawrie v. Muir* 1950 J.C. 19 a p. 26. Cfr. A. G. WALKER - N. M. L. WALKER, *Law of Evidence in Scotland*, 1964, p. 2-4; J. W. R. GRAY, in *Jur. Rev.*, 1966, p. 89.

salvaguardia solo parziale ⁽⁵⁰⁾. Più dannoso, nei tempi lunghi, può risultare l'impiego indiscriminato di dispositivi spia al fine di raccogliere informazioni segrete su gruppi messi fuori legge o di opposizione, che non vengano mai prodotte in giudizio. Il mantenimento dell'equilibrio fra interessi confliggenti è, comunque, l'unico modo razionale di dirimere i problemi relativi, e il dichiarato riconoscimento di ciò, com'è avvenuto nell'ambito del diritto scozzese, è la via che offre maggiori possibilità di giungere a risultati razionali.

Un secondo modo in cui i giudici possono ammettere un diritto di *privacy* consiste nel concedere azione civile contro le sue violazioni. Anche a questo riguardo può essere utile un raffronto fra l'atteggiamento degli Stati Uniti — dove molte giurisdizioni considerano eventuali interferenze di questa natura come illeciti — e quello dell'Inghilterra, dove non esiste una tale figura di illecito (*tort*) e dove nel corso degli ultimi anni i tribunali non hanno mostrato alcuna propensione a tener conto di altri illeciti — quale quello di *trespass* — al fine di concedere risarcimenti aggiuntivi per contestuali violazioni ammesse in occasione di quegli altri illeciti ⁽⁵¹⁾. Anche negli Stati Uniti sono stati avanzati dubbi circa l'utilità dell'azione risarcitoria. In realtà, è da supporre che le parti che ostenterebbero maggiore « coscienza dei propri diritti » sarebbero quelle meno degne: chi avanzasse tale pretesa lo farebbe, per lo più, sotto la spinta di squallidi e indegni rancori, nell'intento di sfruttare la situazione » ⁽⁵²⁾. Per contro, le vittime, alle quali soprattutto era stato destinato il rimedio — ad esempio, un genitore fotografato mentre tiene in braccio un figlio morente, o il deviante sessuale la cui miseria sia fatta oggetto di pubblicità — desiderano meno di tutto una nuova esposizione della loro sofferenza e dei loro problemi in prolungate e pubbliche vertenze giudiziarie ⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ F. P. GRAHAM, *Police Eavesdropping*, in 7 *Crim. L. Bulletin*, 1971, p. 445-469.

⁽⁵¹⁾ E.g. *Joliffe v. Willmetts & Co.* [1971] 1 All E.R. 478.

⁽⁵²⁾ H. KALVEN, in 31 *Law and Contemp. Problems*, 1966, p. 326-338.

⁽⁵³⁾ Cfr. la relazione di minoranza di A. W. LYON, in appendice a *Report of Committee on Privacy*, dove egli propone « un nuovo *tort* configurante un diritto

Tutto ciò che al diritto spetta fare è, quindi, di vietare le invasioni della *privacy* mediante il ricorso a inibitorie (*injunctions*) o all'arma delle sanzioni penali. Senonché l'uso di tali mezzi di tutela ci riporta alla tesi iniziale secondo cui l'approccio più fruttuoso ai problemi della *privacy* consiste, a nostro avviso, nel sapere quali limiti il diritto è disposto ad imporre alle altrui libertà per proteggere la sfera di riservatezza dell'individuo. In altre parole, quali sono gli interessi che possono giustificare un'invasione nella sfera privata dell'individuo? Quali tecniche possono essere impiegate? In quale misura è possibile considerare queste tecniche oggetto idoneo di restrizioni giuridiche? In un quadro di situazioni così infinitamente vario, non si vede altra valida alternativa che quella di una analisi pragmatica degli interessi confliggenti ⁽⁵⁴⁾.

Interferenze nella sfera privata.

La varietà dei problemi coinvolti impone considerazioni dettagliate e, forse un intervento legislativo articolato alla stessa stregua. Non è facile definire un qualsiasi principio valido in grado di abbracciare la sfera privata nella sua globalità. Tutto ciò che qui si può fare è puntualizzare alcuni interessi in flagrante contrapposizione rispetto a quelli della *privacy*. Consideriamo, in primo luogo, alcuni motivi di violazione della *privacy* esistenti e, in secondo luogo, alcune fra le tecniche accessibili a coloro i quali vogliono effettuare la violazione.

Sarebbe banale soffermarsi sul motivo più comune che spinge l'individuo ad intromettersi negli affari altrui, ossia la curiosità. «Mostratemi un solo uomo che non ascolti gli altri con curiosità», ebbe a dire Schwartz, «ed io vi mostrerò un uomo con seri problemi di udito» ⁽⁵⁵⁾. Tale fattore può, naturalmente, associarsi a delle motivazioni d'ordine commerciale, come avviene

generale di *privacy* 'relativo alla' rilevazione di un segreto industriale, di uno stato di difficoltà finanziaria, una tragedia domestica o una devianza sessuale».

⁽⁵⁴⁾ Questa sembra essere stata la tesi adottata dal *Committee on Privacy*, che preliminarmente individuò le questioni rilevanti e successivamente i rimedi, cfr. *Report, cit.*, par. 22, 23.

⁽⁵⁵⁾ Cit. da WESTIN, *op. cit.*, p. 55.

ad esempio per i quotidiani, che tentano di incrementare le vendite andando incontro alla curiosità del pubblico. Inoltre, può assumere dimensioni di anomalia patologica, come nel «voyeurisme». In ordine a fenomeni di questo tipo, il diritto interviene più per prevenire una violazione della quiete pubblica che per tutelare la riservatezza individuale di chi è oggetto di curiosità. Alternativamente, come si vedrà, il diritto può tendere ad affrontare il problema mediante il controllo degli strumenti d'interferenza disponibile. In senso lato, comunque, questa è un'area entro la quale il diritto esita ad intervenire, non tanto perché attribuisce un qualche valore alla sfrenata curiosità, quanto piuttosto per il fatto che una disciplina sistematica di attività di questa natura è pressoché impossibile. Il *General Council of the Bar*, nella sua relazione alla Commissione Younger, riferendosi ad attività quali il pettegolezzo e il «curiosare» tra vicini o conoscenti, dichiarò: «Esistono da secoli e sono discutibili sotto ogni punto di vista; tuttavia, la gente si è abituata ad accettarle e considerarle come parte dei problemi della convivenza civile, fino al punto che non vi è al giorno d'oggi alcuna richiesta generale di introduzione di sanzioni giuridiche contro attività siffatte» (56). Tale conclusione ha successivamente trovato conferma nell'indagine sugli orientamenti del pubblico riguardo al problema della *privacy*, promossa dalla Commissione Younger; essa rivelò che, nonostante in alcuni settori si ritenga che la sfera privata stia subendo un processo di erosione, la maggior parte degli individui sente di essere nella posizione di poter compiere i passi necessari per sottrarsi al deterioramento generale (57).

Le aree di violazione di *privacy* che causano maggiore inquietudine sono quelle in cui la motivazione di base dell'interferenza trascende la futile curiosità. Anche a questo proposito, comunque, è impossibile generalizzare. Fra i motivi d'interferenza più comuni vi è la spinta al profitto economico. Un supermercato, ad esempio, può installare un circuito televisivo interno al fine di ridurre le perdite di merce dovute a piccoli furti; in questo caso — al di là di considerazioni che tocchino significati reconditi,

(56) 26 February 1971, par. 6.

(57) *Report, cit.*, par. 27 e 80; cap. 6 e Appendix E.

alla Orwell — è difficile vedere quale valore importante una prassi del genere possa mettere in pericolo. Così pure, le esigenze di una ricerca di mercato possono giustificare pienamente l'installazione di impianti televisivi nascosti, allo scopo di osservare le operazioni inerenti ad un sistema di vendita di benzina in distributori del tipo *self-service* con cui il pubblico non abbia ancora dimestichezza. Al contrario, si può ben provare repulsione davanti alle rivelazioni di Jessica Mitford sull'impiego di simili impianti, segreti, installati all'interno di una camera ardente al fine di cogliere, nascostamente, le reazioni dei parenti di un defunto. La differenza fra i due esempi posti a confronto nasce dalla diversità di contesto a cui è applicato lo strumento d'osservazione; né il supermercato, né i distributori di benzina sono luoghi in cui si hanno manifestazioni relative a rapporti d'affetto, di fiducia o amicizia, mentre il dolore intimo dei parenti di un defunto implica manifestazioni del genere.

Come nel caso del pettegolezzo tra vicini di casa la discutibilità di un comportamento solo sul piano morale non è sufficiente a giustificare una proibizione giuridica. Il diritto non tende tanto a regolare l'equilibrio tra le opposte esigenze di efficienza economica e *privacy*, quanto piuttosto ad intervenire solo laddove una condotta assuma caratteristiche tali da rendere possibile una sua tipizzazione come illecito civile, ovvero quando le tecniche impiegate siano assoggettabili ad un controllo effettivo. Un esempio della prima eventualità è lo spionaggio industriale che, una volta ammesso il concetto di proprietà su beni immateriali come sono le informazioni⁽⁵⁸⁾ su processi di fabbricazione, può essere equiparato al furto. In contrasto, è evidente l'impossibilità di intervenire — a livello sia giudiziario sia parlamentare — per limitare la raccolta e il coordinamento di informazioni, gestiti da parte di istituti che effettuano indagini per la

(58) WESTIN, *op. cit.*, p. 324-5 « Le informazioni su una persona ... dovrebbero definirsi alla stregua di diritti di proprietà »; cfr. MILLER, *op. cit.*, p. 1091 e 1223-6, e *contra* cfr. *Boardman v. Phipps* [1967] 2 A.C. 46 a p. 127 (*per* Lord Upjohn): « L'informazione non è in nessun caso proprietà; è aperta normalmente a tutti coloro che hanno occhi per leggere e orecchie per ascoltare ». Per un quadro generale dello spionaggio industriale cfr. *Report, cit.*, cap. 18.

concessione di crediti, i quali, fra non molto, nel Regno Unito, ad esempio, avranno programmato dati riguardanti l'ottanta per cento della popolazione. Il possesso di tali dati da parte di una società commerciale potrebbe, in un bilanciamento di valori, essere giustificato se essi fossero strettamente limitati ai soli dettagli indicanti l'insolvenza accertata. Di fatto, invece, si estendono chiaramente a dati personali ben più intimi, quali il reddito di un cittadino, su cui ancora vi è una tendenza generale al riserbo ⁽⁵⁹⁾, la salute e, persino, la stabilità del matrimonio. È molto difficile giustificare l'acquisizione e la diffusione di informazioni di questo tipo attraverso persone del tutto estranee. Il nodo del problema rimane, comunque, questo: se un mostro di tale portata vada distrutto o, piuttosto, addomesticato ⁽⁶⁰⁾; il massimo risultato ottenibile è, probabilmente, una sua regolazione mediante il controllo delle tecniche impiegate.

La tradizione giuridica angloamericana tende a considerare con distacco e tolleranza le attività commerciali. Teoricamente permette agli imprenditori di « condurre i propri affari liberamente » ⁽⁶¹⁾, per il maggior profitto, e tuttavia interviene solo raramente. Tale distacco è apparso evidente nei dibattiti relativi alle violazioni della *privacy* da parte del mondo imprenditoriale e commerciale. Quando, comunque, sia coinvolto il bene della società, il diritto può non solo permettere, ma addirittura *imporre* l'interferenza nella sfera personale del singolo. Ad esempio, il cittadino è obbligato a pagare al fisco una parte del proprio reddito, a compilare la propria dichiarazione dei redditi, e a denunciare all'autorità particolari malattie nocive e infettive.

Il rapporto conflittuale tra il diritto dell'individuo al rispetto della propria *privacy* da un lato e il bene oggettivo della comunità dall'altro può toccare punti di tensione anche nel caso che non sia presente un obbligo giuridico. Ciò fu chiaramente percepito ed evidenziato dal *Medical Research Council* nella sua comunicazione alla Commissione *Younger*. In alcune sfere di ricerca, la raccolta

⁽⁵⁹⁾ WESTIN, *op. cit.*, p. 53.

⁽⁶⁰⁾ GOLDSTEIN, *The Legal Control of the Dossier; On Record* (ed. S. A. Wheeler), 437.

⁽⁶¹⁾ *Mogul SS. Co. v. McGregor Gow* [1892] A.C. 25.

sistematica di dati medici sta assumendo importanza via via crescente. Non si può sempre dire che ciò avvenga nell'interesse del singolo individuo, ma piuttosto in quello della collettività nel suo complesso. « Giacché, presumibilmente, gli studi di questa natura, effettuati su larga scala, diverranno essenziali per l'individuazione e la verifica di alterazioni negative dell'ambiente, può rendersi necessario definire nuovi criteri d'ordine etico al fine di assicurare che in tali ricerche venga tutelata la riservatezza dell'individuo, e al tempo stesso la conduzione di importanti indagini nell'interesse della comunità » (62).

Qui di nuovo ci si imbatte nelle difficoltà legate a qualsiasi tentativo di un controllo giuridico di settori entro cui sorgono questioni complesse sul piano morale. Significativamente, l'esigenza espressa dal *Medical Research Council* fu quella di criteri di tipo *etico*, e il problema appare risolvibile piuttosto attraverso l'adeguamento agli *standards* professionali che attraverso la formulazione di norme giuridiche. Ad esempio, non vi è motivo di ritenere che sanzioni giuridiche dirette possano dimostrarsi più efficaci di quanto non siano le regole dell'attuale statuto del *Bar Council* o della *Law Society* (*), in ordine ad eventuali abusi di fiducia a danno dei clienti; o i criteri del Consiglio nazionale della stampa (*Press Council*) relativi agli eccessi di interferenza nella *privacy* da parte dei giornalisti (63). Se, tuttavia, si ritiene che il diritto debba intervenire per una valutazione di istanze confliggenti di questa natura, può avvenire che il problema venga risolto, in quanto presentato in termini di aperto conflitto fra i diritti dell'individuo e le istanze astratte della società. Come fece rilevare Roscoe Pound, nel soppesare interessi e valori contrapposti « dobbiamo fare attenzione a confrontarli ponendoli sullo stesso piano » (64). Se da un lato è ovvio ritenere che il diritto

(62) Annual Report of the M.R.C. (1971).

(*) [Si tratta, rispettivamente, di due organismi rappresentativi, con funzioni anche disciplinari e in genere di governo, della professione dei *barristers* e di quella dei *solicitors* inglesi].

(63) Cfr. H. STREET, *Freedom, The Individual and the Law*, 3ª ed. 1972, p. 251 ss.: « Il *Press Council* è impotente a controllare pubblicazioni oscene ». Cfr. *Report, cit.*, cap. 7.

(64) *The End of Law*, 27 *Harvard L. R.*, 1914, p. 195.

di *privacy* abbia un carattere individualistico, sarebbe, d'altro canto, fuorviante considerare il progresso della ricerca medica come un interesse di natura puramente sociale. È vero che nei vari stadi di ricerca non è possibile l'identificazione degli specifici beneficiari futuri. Tuttavia, come già è stato sostenuto nel capitolo VII, la gente che sicuramente trarrà beneficio da quella determinata ricerca, è composta di persone che, in una società umana, hanno — in quanto tali — diritti sia nel campo giuridico che in quello morale. Allo stesso modo, ovviamente, potrebbe essere nel pubblico interesse che i diritti alla *privacy* di ciascuno come di tutti i membri della società venissero riconosciuti e protetti.

L'atteggiamento del diritto occidentale è, comunque, ambivalente riguardo a quelle interferenze nella *privacy* tendenti non tanto alla acquisizione di beni materiali della società, e perciò stesso accettabili come parte del fenomeno contemporaneo della socializzazione del diritto, ma alla imposizione di principi di etica convenzionali sotto la maschera di un apparente perseguimento del benessere morale della società. Tali interferenze possono essere di vario tipo. Si pensi, ad esempio, al medico che può rivelare ai genitori di una giovane paziente nubile che la stessa fa uso di pillole contraccettive; all'obbligo di fornire o raccogliere informazioni tramite insegnanti, genitori o sacerdoti: aspetti, in un modo o nell'altro, della nostra vita quotidiana. Violazioni del genere sono, tipicamente, libere da restrizioni giuridiche; e ciò o perché qualsiasi restrizione sarebbe inapplicabile, o perché l'individuo coinvolto ha rinunciato, in misura più o meno completa, a qualsiasi diritto di controllare sia l'assunzione sia la diffusione di informazioni che lo riguardano. Una verifica di abusi di informazioni ottenute per queste vie potrebbe farsi, al più, sulla base di *standards* extragiuridici, quali, ad esempio, i codici di comportamento professionale o il principio di segretezza del confessionale.

Più complessa è la posizione del diritto riguardo alle sue proprie istanze di interferenza nella *privacy*, per la preservazione dell'integrità di valori morali. In molti casi, la sorveglianza della condotta privata del cittadino può essere giustificata in quanto mezzo per la prevenzione di un danno tangibile alla società o, invero, a terzi. Esempi ovvi sono le associazioni nate allo scopo di commettere reati. Eppure, anche in questi casi, il diritto in-

siste nel mantenere un certo grado di controllo sulle forze dell'ordine. Per ottenere un mandato di perquisizione o di arresto può esser necessario un ordine specifico di magistrato ⁽⁶⁵⁾ e, anche in questa sfera, si riscontra una posizione di cautela rispetto a certe tecniche, come ad esempio rispetto alle intercettazioni telefoniche. Se, tuttavia, il problema investe la specificità di una condotta privata individuale che presenti dei pericoli di natura prettamente morale per il tessuto convenzionale della società, scaturiscono profondi contrasti. Lord Devlin, nel suo « *The Enforcement of Morals* », ha proposto l'accettazione di un principio per cui:

« ... la sfera privata dovrebbe essere, nei limiti del possibile, rispettata. Non è questo un concetto che sia mai stato reso esplicito nell'ambito del diritto penale. Atti o parole, compiuti o pronunciate in pubblico o in privato, vengono riportati entro il suo ambito senza distinzioni di principio. E tuttavia, ciò suscita una forte riluttanza da parte di giudici e legislatori a proibire violazioni della *privacy* nelle indagini di polizia. Le forze dell'ordine non hanno maggiori diritti d'interferenza di quanto non ne abbia il comune cittadino; non esiste alcun diritto generale di perquisizione; sotto questo punto di vista, per il cittadino inglese, la propria casa è ancora il proprio castello. Il Governo è estremamente cauto anche nell'esercizio di quei poteri che dichiara indiscutibili ... Ciò indica la sensazione diffusa che il diritto di *privacy* sia un elemento di contrappeso nell'applicazione del diritto. Dovrebbero avere, considerazioni di questa natura, una qualche funzione nella formazione del diritto? » ⁽⁶⁶⁾.

Lord Devlin risponde al quesito negativamente. Ammette, tuttavia, che si tratta di un fattore che, insieme ad altri — come,

⁽⁶⁵⁾ E.g. *The Bankers Books Evidence Act*, 1897. Cfr. *Williams v. Summerfield* [1972] 2 All E.R. 1334 at 1338 per Widgery L.C.J.: « si deve ... riconoscere che un ordine (*order*), ai sensi della sez. 7 [del *Bankers Books Evidence Act* citato] può costituire un'interferenza molto grave nella libertà dell'individuo. Esso può rappresentare una pesante invasione nella sfera della riservatezza ».

⁽⁶⁶⁾ *The Enforcement of Morals*, 1965, p. 18-19.

ad esempio, controlli casuali inerenti alle restrizioni sulle indagini della polizia nella sfera della condotta privata — potrebbe esser impiegato per valutare comparativamente la gravità morale della nuova trasgressione proposta. A nostro parere, ciò rifletterebbe con precisione lo *status* giuridico della *privacy* in quest'area del diritto inglese. Il punto nodale in cui, sempre, nasceranno dubbi, è quello della determinazione del valore da attribuire alla *privacy*, in questi processi di bilanciamento di valori, e quello della divergenza di opinioni sul quesito se una qualsiasi trasgressione d'ordine meramente morale, grave o meno che sia, debba essere considerata materia appropriata per il diritto penale.

Il problema dell'equilibrio comparativo fra interessi in conflitto si è mostrato soprattutto difficile nel processo di definizione delle regole probatorie e processuali. In base ai principi generali, gli interessi della giustizia richiedono la indicazione completa delle prove; l'interrogatorio incrociato ad opera dei difensori di parte (*cross-examination*) e l'esibizione di documenti prima del dibattimento incontrano un limite soltanto nelle normali regole sulla rilevanza e sull'ammissibilità ⁽⁶⁷⁾. E ciò, anche nel caso che la conseguente interferenza nella sfera privata provochi grande sofferenza ⁽⁶⁸⁾; persino le poche aree che in passato hanno goduto di forme di protezione eccezionali sono da qualche tempo sottoposte ad un processo di erosione. Tale linea di tendenza è ben evidente nella modifica della normativa contro l'autoincriminatione prevista dal *Criminal Damage Act*, del 1971 ⁽⁶⁹⁾, e dall'abolizione per legge del privilegio di non rispondere a domande suscettibili di costituire ammissione di adulterio ⁽⁷⁰⁾. Invero, la

⁽⁶⁷⁾ B. KAPLAN, *An American Lawyer in the Queen's Courts*, in 69 *Michigan L. R.*, 1971, 821 a p. 824: « I tribunali statunitensi dispongono di procedure più efficienti nella fase di preparazione al dibattimento di quelle offerte alle parti nel diritto inglese »; cfr. in particolare, l'uso della deposizione e dell'esame orale, la cui introduzione in Inghilterra fu respinta dallo *Winn Committee*, con la motivazione che esso avrebbe « complicato e ritardato il processo e ne avrebbe aumentato i costi ».

⁽⁶⁸⁾ E.g. *Lane v. Willis* [1972] 1 All E.R. 430.

⁽⁶⁹⁾ La sez. 9 prevede l'esclusione dall'obbligo, nel processo civile, di rispondere a domande da cui possono derivare incriminazioni, ma limita l'uso che può essere fatto di una qualsiasi ammissione così ottenuta.

⁽⁷⁰⁾ *Civil Evidence Act*, 1968, s. 16 (5).

Corte di Appello inglese ha ora autorizzato il ricorso a interrogatori per accertare se è stato commesso l'adulterio, con la motivazione che, « al giorno d'oggi, i fulmini della Chiesa hanno perso la propria forza. Neppure la società condanna oramai più l'adulterio come in passato » (71). Un risultato valido di tale normativa è, senza dubbio, la riduzione della necessità di ricorrere a violazioni della sfera privata più discutibili, come l'osservazione furtiva dei coniugi sospettati di adulterio al fine di raccogliere le prove del reato. Pur tuttavia, nel suo complesso, essa resta a dimostrare la propensione dei tribunali — quando sono chiamati a giudicare in ordine a situazioni tradizionalmente ritenute private — a permettere, e invero a sanzionare, forme di interferenza sulla *privacy* volte a facilitare l'esecuzione di tale compito.

Le difficoltà che si riscontrano lungo la strada della protezione della sfera privata in quanto valore *giuridico* sorgono per due serie di motivi: per il fatto che le rivendicazioni concorrenti sono viste come aventi valore positivo, per cui il diritto solo raramente *sanzionerà* di violazione di *privacy*, e ancora, perché le incertezze che si accompagnano alla definizione, e le difficoltà d'applicazione, si affiancano ad una tradizionale riluttanza, di natura *liberal*, ad impedire forme di condotta che — anche se discutibili — non riguardano il diritto. Sono state queste remore a persuadere i giudici inglesi a respingere l'idea della *privacy* come diritto giuridicamente protetto.

Un punto di partenza utile, anche se limitato, può esser quello dell'analisi dei mezzi impiegati per violare la *privacy*, tralasciandone i motivi.

Al riguardo, i giudici sia inglesi sia americani hanno ripetutamente rifiutato di ammettere prove ottenute mediante tecniche particolari come la tortura, la macchina della verità o congegni di registrazione, poiché tali prove non danno affidamento. Meno facile da spiegare in termini pragmatici è l'antipatia per l'uso di intercettazioni telefoniche (72) o per l'uso di apparecchia-

(71) *Nast v. Nast* [1972] Fam. 142 a p. 151, per Denning M.R. cf. *Collins v. Collins*, *The Times*, 14 March 1972, per Davies L.J.: « ancora oggi, l'adulterio si accompagna ad un marchio di biasimo ».

(72) E.g. (1957) Cmnd. 282; cfr. anche STREET, *op. cit.*, p. 40 ss.

ture radio a fini di spionaggio ⁽⁷³⁾. In realtà, il mero fatto che la produzione di dispositivi del genere possa essere avvenuta con l'unico scopo di una sorveglianza clandestina non appare sufficiente giustificazione al rifiuto di riconoscere l'eventualità dell'esistenza di ragioni di buona fede per un loro impiego ⁽⁷⁴⁾, giacché molte altre tecniche di sorveglianza clandestina sono, dalla legge, non solo approvate, ma addirittura incoraggiate. Una spiegazione più convincente è quella secondo cui la legge — pur non essendo, in senso lato, capace di arginare adeguatamente le interferenze nella sfera privata — è però in grado di proibire il ricorso a certi mezzi particolari, ed è incline a farlo, almeno in assenza di motivi validi che ne giustifichino l'impiego.

Le tecniche disponibili, d'interferenza sulla *privacy* dell'individuo sono, tuttavia, talmente disparate, che un'analisi degli strumenti di controllo relativi sarebbe, in un lavoro come il nostro, del tutto fuori luogo. In ogni modo, il controllo è efficace solo quando sia basato su valutazioni competenti delle tecniche più aggiornate ⁽⁷⁵⁾. Un buon esempio in questo senso è costituito dal tentativo, negli anni '60, di controllare l'impiego di dispositivi-spia in mano ad agenti del Governo americano ⁽⁷⁶⁾. Il governo proibì l'uso di strumenti di intercettazione telefonica, tranne quando vi fosse un pericolo per la sicurezza interna del paese, o si trattasse di rapimenti, estorsioni, o casi in cui fosse in pericolo una vita umana. Ad un Comitato del Congresso fu concesso il ricorso alle intercettazioni per quei casi eccezionali. Nella realtà dei fatti, però, all'insaputa del Congresso stesso e del pubblico, la normativa diretta a limitare l'impiego di quelle tecniche non era estesa ad apparecchiature-spia d'altro tipo, che pure venivano largamente utilizzate dal Governo, al di fuori del controllo che, in apparenza, sembrava esistere. Per tutto ciò, qualsiasi tentativo di tutelare la *privacy* mediante restrizioni inerenti ai mezzi a disposizione non può non tener conto di pro-

⁽⁷³⁾ Cfr. il *Wireless Telegraphy Act*, 1949.

⁽⁷⁴⁾ *Bar Council memorandum*, par. 9.

⁽⁷⁵⁾ *Report, cit.*, cap. 19; WESTIN, *op. cit.*, cap. 4-7.

⁽⁷⁶⁾ F. P. GRAHAM, *op. cit.*, 469.

blemi tecnici di notevole complessità, soprattutto nel campo della disciplina dell'uso degli elaboratori elettronici (77).

Una relativa libertà di flussi di informazione è essenziale per il mantenimento di una società efficiente. I *computers* hanno fornito i mezzi per elaborare e immagazzinare informazioni su una scala senza precedenti, e « a mano a mano che i procedimenti di programmazione sono divenuti meno costosi e più efficienti la sete di dati aumenta, unendosi ad una predilezione per la centralizzazione e la collazione di schedari » (78). Le implicazioni del fenomeno vengono universalmente interpretate come una minaccia alla sfera privata. Miller sostiene che gli elaboratori presentano un duplice specifico pericolo. In primo luogo, privano il cittadino della possibilità di controllare chi sia ad avere accesso ad informazioni che lo riguardano, e che « disseminano prove di sue azioni passate e presenti tra un pubblico più vasto di quanto il soggetto avrebbe mai accettato o previsto al momento in cui le rilasciò ». In secondo luogo, essi implicano un certo grado di inaccuratezza a livello del controllo, in quanto introducono imprecisioni inerenti a fatti o contesti che contribuiscono a creare impressioni errate sulla condotta e sugli obiettivi reali di soggetti specifici, nella mente di chi analizza ed elabora l'informazione » (79).

Per un altro verso, l'espansione delle tecniche di elaborazione elettronica ha offerto al diritto un'opportunità affatto nuova di verificare i casi di interferenza nella *privacy*. Come ha detto Goldstein: « Contrariamente alle previsioni, l'avvento della banca dei dati e del *computer*, potrebbe rivelarsi benefico per il fatto che renderebbe possibile la creazione di centri di raccolta suscettibili di controllo, nell'interesse dell'accuratezza e della *privacy*, a livelli virtualmente impossibili nell'attuale situazione di decentralizzazione » (80). Talché si è giunti al paradosso per cui la difesa giuridica della sfera privata potrà, in futuro, avere mag-

(77) MILLER, *op. cit.*, 1091; GOLDSTEIN, *op. cit.*; *Report, cit.*, cap. 20.

(78) MILLER, *op. cit.*, p. 1103. L'a. mette in guardia sulla esistenza di un principio simile alla legge di Parkinson.

(79) MILLER, *op. cit.*, p. 1109.

(80) *op. cit.*, p. 443.

giori garanzie in quelle aree in cui l'interferenza statale o di enti privati è di natura altamente sofisticata. « Gli ambienti scientifici e quelli economici sembrano già muoversi in tale direzione: in entrambi i settori, le tecniche di protezione della sfera privata dell'individuo appaiono oggetto di sempre maggiore attenzione. Ma sono i giuristi pronti ad affrontare la molteplicità di implicazioni correlata all'incremento delle tecniche elettroniche? » ⁽⁸¹⁾. Nell'attuale società capitalistica, la mera rivendicazione del diritto di essere lasciati soli sarebbe tanto inadeguata da divenire inutile. La complessa struttura amministrativa, indispensabile per una protezione oggettiva della *privacy*, è cosa ben diversa dalla filosofia individualistica che ispirò Warren e Brandeis.

⁽⁸¹⁾ MILLER, *op. cit.*, p. 1246.

PROPRIETÀ E DIRITTO DI PROPRIETÀ

Lo scopo principale dei sistemi giuridici primitivi era quello di mantenere la pace e di comporre in modo ordinato le controversie sorte tra i membri della comunità. Una gerarchia sociale nettamente definita, e una conseguente accentuazione dell'idea di *status*, erano strettamente collegati alla proprietà dei beni; così il concetto di proprietà divenne centrale nei sistemi giuridici in evoluzione. Invero, pensatori del XVIII secolo, come David Hume e Adam Smith, hanno sostenuto che la tutela della proprietà costituisce la fondamentale giustificazione del diritto. Secondo Smith: «l'acquisto di grandi ricchezze ... necessariamente richiede l'istituzione di un governo civile. Laddove non vi siano proprietà, o per lo meno non ve ne sia una che superi il valore di due o tre giorni di lavoro, un governo civile non è così necessario» (1). Pur ammettendo che l'affermazione di Smith sia un'esagerazione, deve tuttavia riconoscersi che, storicamente, l'abilità dei giudici nel regolare i diritti di proprietà, utilizzandoli sia come mezzo per mantenere l'ordine, sia come un modo più raffinato per assicurare un qualche livello di giustizia fra i cittadini, è stata decisiva per lo sviluppo giuridico. Per quanto si riferisce alla storia del diritto inglese, a giudizio di Maitland la conquista normanna (e, si può aggiungere, lo sviluppo di un sistema accentrato di giustizia nelle corti reali di Londra, dal quale è derivato il moderno ordinamento giuridico inglese) non ebbe luogo nel 1066, ma nel 1166; fu infatti in quell'anno che «venne emanato un decreto con cui si concedeva a chi fosse stato spossessato

(1) *The Wealth of Nations*, Lib. V, cap. 1 [trad. it. cit., p. 875].

di un fondo tenuto a titolo di *freehold* di ottenere tutela davanti ad una corte regia » (2).

Certo, nell'ambito dei sistemi giuridici occidentali, la proprietà ha sempre occupato una posizione di gran rilievo. È stata frequentemente considerata come avente valore strumentale, nel senso che la sua difesa assicurava il mantenimento della libertà, dell'ordine, o di altri valori primari. A volte, tuttavia, le descrizioni e giustificazioni usate hanno finito per elevare la proprietà a livello di valore a sé stante. La preminenza di questo valore fu così espressa da Blackstone: « tanto grande è poi l'importanza attribuita dal diritto alla proprietà privata, che nessuna, neppure una minima violazione di essa, è ammessa; neppure per il bene generale della comunità » (3). Ma i presupposti di tale riconoscimento di valore sono stati diversi. Roscoe Pound identificò in proposito non meno di sei categorie (4). Di queste, le più influenti sono state quelle propugnate dal giusnaturalismo e dai seguaci dell'utilitarismo.

Alcune giustificazioni della proprietà privata.

I giusnaturalisti si ispirarono ai concetti del diritto romano sull'« acquisto naturale » di beni mediante occupazione o specificazione. In base alla teoria dell'occupazione, la proprietà consiste nella presa di possesso di una cosa che non è di proprietà di alcuno. Secondo la teoria della specificazione, la proprietà di una cosa da parte dell'uomo è conseguenza dell'averla questi prodotta. Nessuna delle due teorie è perfettamente applicabile alle condizioni moderne; tuttavia tentativi sono stati fatti per adattarle. Si è detto, ad esempio, che quando un uomo acquista certi beni, il conseguimento della disponibilità dà ai beni stessi un carattere specifico come se egli li 'producesse' di nuovo. Come si vedrà, questa tesi è strettamente connessa alla metafisica di Kant e di Hegel; ma i primi sostenitori di una giusti-

(2) *History of English Law*, 1898, I, 84 (si trattava della *assize of novel disseisin*).

(3) *Commentaries on the Laws of England*, I, 139-40.

(4) *Introduction to the Philosophy of Law*, *revd. ed.* 1954, p. 114 ss. [trad. it. cit., p. 177 ss.].

ficazione della proprietà sulla base del diritto naturale erano molto più direttamente interessati alle implicazioni politiche e costituzionali di tale teoria. Grozio, scrivendo agli inizi del XVII secolo durante il periodo dell'espansione coloniale europea, pose in gran rilievo i diritti naturali di proprietà basati sull'invenzione e sull'occupazione. Lo schema romano del 'dominium', usato per definire la sovranità degli Stati europei del XVII secolo, [divenne] una teoria universale della proprietà» (5).

Locke era interessato agli aspetti costituzionali della proprietà, in quanto limite alla sovranità del legislatore (6). Così, egli asseriva, nessun bene di proprietà di una persona poteva esser preso senza il suo consenso. Eppure, solo i diritti di proprietà, che potevano esser giustificati come diritti naturali, erano suscettibili di tutela in quanto diritti soggettivi. L'ordinamento non doveva, ad esempio, proteggere il possesso che fosse stato in origine ottenuto con il furto. Secondo Locke, il diritto di proprietà era basato sul lavoro. Egli immaginava una giustizia utopisticamente regolata secondo il lavoro, ma che in realtà era basata sul suo ideale di una società di piccoli proprietari terrieri, ciascuno titolare di un fondo non più grande di quanto gli fosse possibile coltivare; un ideale già allora di ben scarsa importanza rispetto alle grandi proprietà feudali, ed ancor meno oggi rispetto alla complessa società industriale.

Il tratto più caratteristico delle teorie giusnaturalistiche sulla proprietà consisteva, tuttavia, nell'insistenza sui doveri connessi ai diritti di proprietà e sulle conseguenti restrizioni inerenti al concetto stesso di proprietà. Tommaso d'Aquino riteneva che: «gli uomini non dovrebbero avere il possesso di cose materiali esclusivamente per sé ma a vantaggio della comunità: ed ognuno dovrebbe esser pronto a dividerle con gli altri secondo il bisogno» (7). John Erskine — negli *Institutes of the Law of Scotland*, opera pubblicata postuma nel 1773 — sostenne che «il diritto

(5) POUND, *op. cit.*, p. 115-116 [trad. it. cit., p. 180].

(6) *Treatise of Civil Government*, sez. 132-42 [trad. it. cit., pp. 146-159]; JEAN BODIN (*De Republica*, 1591, I, viii) proponeva l'accettazione da parte del sovrano delle obbligazioni di diritto privato — relative alla proprietà ed al possesso — come una eccezione alla sua formulazione della onnipotente sovranità legislativa.

(7) *Summa Theologiae*, 11a 2ae 66. 2.

interviene così ampiamente in favore del pubblico interesse, da impedire che qualcuno possa disporre irragionevolmente dei propri beni, in maniera pregiudizievole per i propri vicini». A lui si deve inoltre la seguente definizione di ciò che Grozio chiamava *dominium eminens*: « il diritto universale della collettività su tutti i beni, ... in virtù del quale il potere supremo può costringere qualsiasi proprietario a cedere quanto è suo ». Per l'esercizio di questo diritto erano necessarie due condizioni: innanzitutto doveva sussistere una « necessità o, quanto meno, una utilità manifesta, di carattere pubblico, per giustificare l'esercizio del diritto stesso; inoltre, i soggetti espropriati di beni di loro proprietà avrebbero dovuto ricevere un indennizzo di valore pari a quello del bene espropriato » (8).

La giustificazione utilitaristica è ben illustrata da Hume, il quale, come si è visto, sostenne che la società trasse origine da un « senso generale dell'interesse comune »; fu questo ad indurre gli uomini a riconoscere l'esigenza di determinate regole. L'egoismo umano, insieme con la scarsità di risorse naturali, portò inevitabilmente ad una ripartizione ineguale delle ricchezze. Senonché, la pace e la sicurezza della comunità dovevano pur essere difese; nacquero così le norme che assicurano a tutti il pacifico possesso dei beni da essi acquistati col lavoro o per semplice fortuna. Hume non ha ritenuto di basare le proprie teorie sul diritto naturale. Ciò nondimeno ha sostenuto che « il riconoscimento giuridico della proprietà e del possesso è, fra tutte le circostanze, quella più necessaria al formarsi di una società umana ». Di qui, era breve il passo rispetto all'affermazione che « possesso e proprietà dovrebbero sempre rimanere nelle stesse mani, tranne quando il proprietario acconsenta a cederle ad altri ». Pertanto, la società non aveva nulla contro la proprietà privata; ché, anzi, questa era davvero la cosa migliore per la società. « Questo sistema, infatti, corrispondente all'interesse di ciascuno, è di per sé vantaggioso al pubblico; sebbene non fosse stato agli inizi concepito per tale scopo » (9).

(8) II, I, 2; P. STEIN, *The general notions of property and contract in eighteenth century Scottish thought*, in *Jur. Rev.*, 1963, p. 1 ss.

(9) *Treatise of Human Nature* (1740), III, 2 [trad. it. cit., pp. 517, 519, 545, 560-561].

I tempi erano maturi per accogliere il concetto della difesa della proprietà come elemento centrale dell'amministrazione della giustizia, altresì essenziale alla tutela della libertà individuale. Secondo Adam Smith, «soltanto sotto la protezione dello Stato e dei suoi giudici, il proprietario di beni acquistati con il lavoro di molti anni o forse di intere generazioni può dormire sonni tranquilli» (10). Sebbene la tesi di Smith fosse formalmente basata sulla medesima giustificazione che della proprietà come prodotto del lavoro umano avevano dato i giuristi del diritto naturale, in realtà egli aveva di mira la tutela di tutte le forme di proprietà, comunque acquistate, sul presupposto degli effetti benefici derivanti alla comunità. Attraverso l'incoraggiamento agli investimenti e alla buona amministrazione dei patrimoni, tutti, e non solo i proprietari, avrebbero tratto vantaggi.

La giustificazione utilitaristica della proprietà privata, spogliata delle sue esagerazioni morali, incontra ancora oggi il favore dei giudici. Nel caso *London Borough of Southwark v. Williams*, la Corte d'Appello inglese respinse l'eccezione dello stato di necessità invocato da alcuni senz'altro, citati in giudizio per l'occupazione abusiva di locali vuoti di proprietà del comune. Il giudice Denning osservò che lo stato di necessità può essere con successo invocato nei casi di «grande e imminente pericolo, quando si tratti di salvare una vita umana» (come, ad esempio, nel caso che si getti in mare parte del carico di una nave per evitare il naufragio). Ma, egli aggiunse, una tale ipotesi di esclusione della responsabilità dev'essere attentamente vagliata. Non potrebbe valere, contro l'imputazione di furto di generi alimentari, la giustificazione che il ladro era affamato. Invero una tale argomentazione potrebbe portare a giustificare qualunque illecito; sicché i giudici hanno il dovere di essere rigorosi: «Nell'interesse stesso della legge e dell'ordine dobbiamo tutelare la proprietà» (11). Nello stesso caso, il giudice Edmund Davies affermò che «lo stato di necessità può esser molto facilmente usato per mascherare semplicemente l'anarchia» (12). A nostro avviso, tuttavia,

(10) *Loc. cit.*, ante, alla nota 1 [trad. it. cit., p. 875].

(11) [1971] 2 All E.R. 175 at 179-80.

(12) *Ibid.* at 181.

nonostante il riconoscimento da parte dei giudici del valore assai elevato della proprietà privata, è stata lasciata aperta la porta al bilanciamento di istanze conflittuali purché sufficientemente pressanti. La decisione va vista nel contesto della presa d'atto da parte dei giudici dell'esistenza di uno Stato assistenziale (*welfare state*) abbastanza florido, in cui è compito della comunità farsi carico dei problemi e della condizione di indigenza dei senzatetto.

Se una valutazione comparativa di interessi in conflitto è possibile all'interno di un'analisi della proprietà in chiave utilitaristica, ciò diventa quasi impossibile quando le giustificazioni adottate siano di natura metafisica: come nel caso della tesi kantiana, secondo cui una cosa è così strettamente legata al suo possessore, che chiunque la utilizzi senza il consenso di questi commette un illecito⁽¹³⁾. Così pure, Hegel postulava che la proprietà fosse uno di quei diritti propri dell'individuo, basati sulla sua condizione di essere libero. Ognuno crea intorno a sé una sfera autonoma di libertà; solo così gli sarà possibile esistere in modo ideale. Invero, l'interdipendenza di libertà e proprietà fu l'idea-base del credo capitalistico del XIX secolo. « L'uomo libero non può che essere l'uomo che possiede dei beni; a motivo di ciò si ritenne per lungo tempo che solo l'uomo che aveva delle proprietà dovesse partecipare alla vita politica »⁽¹⁴⁾. Sicché, per buona parte del secolo XIX, in Europa come negli Stati Uniti, il criterio censitario continuò ad esser considerato come necessario relativamente all'esercizio del diritto di voto.

Quale sia stata l'influenza avuta da queste confliggenti filosofie in campo giuridico resta a tutt'oggi materia di dibattito. Come affermò Roscoe Pound:

« Nel medioevo ci si contentò di considerare il principio *sumum cuique tribuere* come acquisito. Era sufficiente il fatto

⁽¹³⁾ [E. KANT, *Metafisica dei costumi* (a cura di G. Vidari), Bari, 1970, p. 55; F. G. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (tr. di E. Messineo), Bari 1974]. Cfr. POUND, *op. cit.*, p. 117.

⁽¹⁴⁾ C. J. FRIEDRICH, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, 1958, 146; cfr. l'aforisma di Swift: « Il diritto di un paese libero è, o dovrebbe essere, il deliberato della maggioranza dei proprietari terrieri », *Thoughts on Various Subjects, Moral and Diverting* (1706).

che l'acquisto di terre e di beni mobili e la proprietà privata di questi fosse parte del sistema sociale esistente. Con il decadere del principio di autorità, i giuristi del XVII e XVIII secolo cercarono di porre la ragione naturale a base della proprietà privata come di ogni altra istituzione. Dopo che Kant insidiò quella base, i filosofi del diritto del secolo XIX cercarono di riferire la proprietà ad un dato metafisico fondamentale; i giuristi della scuola storica cercarono di ripercorrere, documentandolo, lo sviluppo dell'idea di proprietà privata per mostrare così la presenza nell'esperienza umana di una ragione universale; i teorici dell'utilitarismo diedero la dimostrazione della proprietà privata, prendendo le mosse dalle loro tesi fondamentali; i positivisti ne stabilirono la validità e necessità mediante l'osservazione delle istituzioni umane e della loro evoluzione. In altri termini, qui come altrove, quando il diritto naturale del XVIII secolo decadde, i giuristi cercarono di dare nuove basi alla vecchia struttura dei diritti naturali, proprio come i diritti naturali erano stati precedentemente posti a fondamento di istituzioni che, fino a quel momento, avevano trovato base sufficiente nell'autorità » (15).

Una volta che la proprietà divenne stabilmente parte del tessuto sociale, continuò ad accordarsi gran valore alla sua protezione, non foss'altro che a causa del conservatorismo istintivo dei giudici. A sua volta, la necessità di un sistema certo di norme per la disciplina del possesso dei beni ha influenzato l'orientamento generale del pensiero giuridico, rafforzando tale conservatorismo (16). Perfino un Lord Cancelliere così radicale come Lord Birkenhead riconobbe l'esigenza della certezza in questo campo, affermando che: « è fuor di dubbio che i precedenti stabiliti da lungo tempo, una volta che il pubblico li abbia accolti e vi abbia fatto affidamento per regolare le proprie attività, non devono essere con leggerezza alterati. Questo principio dev'essere osser-

(15) *op. cit.*, p. 113-14 [trad. it. cit., p. 176-7].

(16) Per un esempio significativo, *Caerphilly Concrete Ltd. v. Owen* [1972] 1 W.L.R., p. 372 e 375-7, *supra*, p. 60.

vato soprattutto nei casi in cui la proprietà di un bene sia trasferita in conformità alle regole poste da una serie consolidata di precedenti giudiziari » (17). Peraltro, la riluttanza dei giudici a permettere una qualsiasi erosione dei diritti dell'individuo di usare e di godere indisturbato dei propri beni è molto più forte di quella richiesta, secondo le considerazioni sopra riportate, per la certezza e la sicurezza relative alla titolarità di questi stessi diritti.

Il contenuto dei diritti di proprietà.

Un buon punto di partenza per un'analisi del diritto inglese moderno in materia di *property* è il caso *Mayor of Bradford v. Pickles*. In esso fu stabilito che: « nessun uso della proprietà, lecito se determinato da giuste intenzioni, può divenire illecito per il fatto di esser determinato da motivi incongrui o, perfino, dolosi » (18). In tale caso il convenuto, un proprietario terriero, aveva deliberatamente prosciugato il proprio fondo per diminuire l'afflusso d'acqua nel fondo vicino dell'attore. Nel suo intervento, il giudice MacNaghten ribadì vigorosamente l'ampiezza della libertà del proprietario: « Perché mai, vien fatto di chiedersi, in assenza di vantaggi o di profitti, dovrebbe egli tenere le proprie terre come serbatoio di un bene (l'acqua) già fornito a tutti gli abitanti di Bradford, presumibilmente non in maniera gratuita, dalla competente autorità comunale? Egli preferisce il proprio personale interesse al bene pubblico. Può darsi che sia un avaro, un egoista e un avido. Agli occhi di un filosofo della morale la sua condotta può apparire scandalosa ... Le autorità comunali sono libere di usufruire della sua acqua, e anche delle sue terre, a condizione che siano disposte a pagarne il prezzo dovuto » (19).

Un approccio lievemente più duttile ha prevalso, secondo Lord Watson, in Scozia. « Qualora il proprietario di un fondo

(17) *Bourne v. Keane* [1919] A.C. 815 a p. 860; cfr. P. STEIN, *Regulae Iuris* 1966, p. 17-19.

(18) [1895] A.C. 587, per Lord Watson a p. 598.

(19) *Ibid.*, at 600-1.

bruci del concime calcareo in prossimità della linea di confine, così da arrecare molestia al proprio vicino, nonostante vi siano nel fondo altri spazi dove la stessa operazione potrebbe essere fatta con pari o maggiore vantaggio per sé e senza nuocere al vicino, la corte probabilmente concederebbe un'ingiunzione. Ma il principio dell'*aemulatio* non è mai stato portato più oltre. Pur differendo su questo punto, il diritto scozzese è, per tutti gli altri aspetti, uguale al diritto inglese » ⁽²⁰⁾.

È stato generalmente sostenuto che il concetto romano di *dominium* fosse qualcosa di assoluto, tale da attribuire al proprietario il diritto di usare e di abusare della cosa posseduta a proprio piacimento, fatte salve soltanto le limitazioni relative agli illeciti civili. Tuttavia, è stato recentemente dimostrato che il diritto di edificare sul proprio fondo era limitato dal diritto del vicino a ricevere una ragionevole quantità di luce ⁽²¹⁾. Pertanto, se il proprietario di un fondo voleva costruire un edificio tanto alto da ostruire le luci del fondo adiacente oltre un limite ragionevole (*modicus*), egli doveva ottenere dal vicino, di regola dietro compenso, un diritto di servitù *altius tollendi*. Diversi paesi di *civil law* ammettono il principio di « abuso del diritto », secondo cui l'uso della proprietà in modo nocivo e con l'intenzione di arrecar danno può dare origine ad un'azione giudiziaria ⁽²²⁾. Lo stesso giudice MacNaghten in un caso successivo ritenne che la precedente decisione *Bradford v. Pickles* non riguardasse l'ipotesi di molestia arrecata con l'intenzione di nuocere (*deliberate nuisance*) ⁽²³⁾. Tuttavia, gli effetti restrittivi sulla responsabilità per colpa (del precedente *Bradford v. Pickles*) continuano a farsi sentire ⁽²⁴⁾. Recentemente, il Parlamento ha ignorato le proposte della *Law Commission*, riaffermando il carattere

⁽²⁰⁾ *Ibid.* at 598. Si tratta, probabilmente, di un'interpretazione restrittiva dell'*aemulatio*, cfr. T. B. SMITH, *Scotland, the Development of its Laws and Constitution*, 1962, p. 531.

⁽²¹⁾ A. F. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, 1972.

⁽²²⁾ *ante*, p. 145; W. FRIEDMANN, *Law in a Changing Society*, 2nd ed. 1972, p. 103-5.

⁽²³⁾ *Hollywood Silver Fox Farm v. Emmett* [1936] 2 K.B. 468.

⁽²⁴⁾ *Langbrook Properties Ltd. v. Surrey County Council* [1969] 3 All E.R.

assoluto della proprietà privata, con l'abolizione di alcuni reati, già previsti dal *Malicious Damage Act* del 1861, sezioni 3 e 59, relativi al danneggiamento o all'incendio di beni propri per fini dolosi ⁽²⁵⁾. Sicché, ad esempio, in Inghilterra, per quanto profondo o legittimo possa essere l'interesse della comunità per una collezione di quadri di Rembrandt, d'inestimabile valore, il proprietario è libero di distruggerli.

Uno stesso conservatorismo si riscontra nel diritto inglese in materia di obbligazioni da illecito concernenti l'ipotesi di invasione del fondo altrui (*trespass to land*). Dal principio secondo cui il possessore di un fondo può fare su di esso e dentro i suoi confini tutto ciò che gli aggrada, ne consegue logicamente che dovrebbe essergli permesso di collocare, in piena libertà, armi da fuoco o altri strumenti offensivi a protezione di questo ⁽²⁶⁾. Secondo quanto riferisce Sidney Smith, il giudice Best, all'inizio del XIX secolo, ritenne che armi del genere collegate a dispositivi di sicurezza fossero « legittimamente utilizzabili per la protezione di ogni proprietà immobiliare contro chi vi si introduca illecitamente » ⁽²⁷⁾. Successivamente, tuttavia, lo stesso giudice accolse una richiesta di danni presentata da un uomo che era stato ferito da un'arma da fuoco attivata a distanza mediante un filo cui era collegata una trappola a terra. Ciò, « in base al principio secondo cui è inumano catturare un uomo con strumenti che possono menomarlo o metterne in pericolo la vita, e, nella misura del possibile, è uno scopo del diritto inglese quello di rispettare la condizione umana e i precetti della religione » ⁽²⁸⁾.

Il dovere di umanità è stato di recente invocato dalla *House of Lords*, in una decisione del 1972 (*British Railways Board v.*

⁽²⁵⁾ B. HOGAN, *Malicious Damage: The Law Commission's Working Paper* [1969], in *Crim. L. R.*, 283 at 285. Ai sensi dell'art. 3 del *Criminal Damage Act* (1971) il distruggere o danneggiare la propria proprietà oggi costituisce reato soltanto se vi è l'intenzione di porre in pericolo la vita di altri e/o vi è negligenza nella valutazione del rischio per altri.

⁽²⁶⁾ Lord Morris in *British Railways Board v. Herrington* [1972] 1 All E.R. 749 at 763.

⁽²⁷⁾ E. S. TURNER, *Roads to Ruin*, 1966, p. 26-7. Successivamente, il giudice Best negò di aver pronunciato queste parole, che non figurano nel *report* (*Holt v. Wilkes* (1820) 3 B and Ald. 304).

⁽²⁸⁾ *Bird v. Holbrook* (1828) 4 Bing. 628 at 643.

Herrington), al fine di aggirare una precedente decisione (*Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*), con la quale era stato affermato il principio secondo cui il proprietario di un fondo risponde civilmente nei confronti di un minore che si sia introdotto illecitamente nel fondo stesso soltanto per « gli atti compiuti con l'intenzione di nuocere al trasgressore ovvero, al più, per quelli compiuti con grave noncuranza della presenza di questi »⁽²⁹⁾. Già in precedenza, nel 1971, il giudice Salmon, riferendosi al caso *Addie* (del 1929), ne aveva parlato come di una decisione che, ancora a quarant'anni di distanza, non poteva leggersi senza esser colti da un senso di sgomento. A suo parere, una tale decisione « poteva andar bene in un'epoca in cui i diritti di proprietà, specie quelli su beni immobili, erano considerati più sacri di qualsiasi altro diritto dell'individuo. Questo punto di vista, largamente condiviso nel corso del XIX secolo, e forse anche all'inizio del nostro, influenzò i giudici più anziani »⁽³⁰⁾. Eppure, anche dopo esser stato superato, il caso *Addie* non venne sostituito altro che dalla previsione di un dovere di diligenza di gran lunga più limitato del principio della responsabilità assoluta che oggi regola generalmente la materia delle obbligazioni da illecito nel diritto inglese. Il criterio posto dalla *House of Lords* in proposito non è quello oggettivo per cui si ha riguardo al fatto se il proprietario si è comportato come si sarebbe in tutti i casi comportato un proprietario ragionevolmente esperto. Il criterio invece è soggettivo per cui, considerate tutte le limitazioni relative ai mezzi e alle capacità di un individuo, si tratta di stabilire se ha fatto quanto per lui era ragionevole fare. In base a tale criterio « ciò che è ragionevole per una compagnia ferroviaria può essere profondamente irragionevole per un contadino o ... per un piccolo imprenditore »⁽³¹⁾. Si tratta di

⁽²⁹⁾ [1929] A.C. 358, at 365, per Lord Hailsham L.C.

⁽³⁰⁾ *Herrington v. British Railways Board* [1971] 1 All E.R. 897 at 900-1 (Ct. of Appeal).

⁽³¹⁾ [1972] 1 All E.R. at 777, per Lord Wilberforce. Un criterio di valutazione, anch'esso soggettivo è quello concernente la responsabilità del proprietario di un fondo nel caso di propagazione, dal fondo stesso, di un incendio, *Goldman v. Hargrave* [1967] 1 A.C. 645 a p. 663.

un dovere meno gravoso di quello, ad esempio, imposto ad un guidatore alle prime armi, al quale si applica infatti il criterio oggettivo dell'abilità e della competenza proprie del guidatore esperto ⁽³²⁾. Come affermò il giudice (Lord) Reid:

« Il *common law* ricorre di solito ad un criterio oggettivo. Se un privato entra in relazione con altri, ad esempio guidando un'automobile o costruendo un edificio che si affaccia su una strada pubblica, gli è fatto obbligo di comportarsi come un uomo ragionevole con capacità, perizia e mezzi adeguati ... Se non è in grado di uniformarsi a questo *standard* di condotta, egli nemmeno dovrebbe assumersi le responsabilità implicate da questa relazione. Ma il possessore di un fondo non entra volontariamente in relazione con chi vi si introduca illecitamente. Questi, così facendo, impone all'altro [al possessore, cioè] un rapporto di 'vicinato' (*'neighbour' relationship*). Pertanto, anche se il possessore è tenuto ad agire [nei confronti del trasgressore] umanamente — pretesa certo non eccessiva —, non si vede tuttavia perché gli si debba richiedere di fare di più » ⁽³³⁾.

Potrebbe apparire poco realistico parlare di *trespassers* innocenti — il bambino o un viaggiatore smarritosi, ad esempio, — come di soggetti che impongono un rapporto al possessore di un fondo contro il volere di questi, soprattutto quando la loro presenza avrebbe dovuto essere ragionevolmente prevedibile. Potrebbe reputarsi ugualmente irrealistico considerare il possesso o l'acquisto di beni immobili come un'assunzione automatica dei rischi ragionevolmente prevedibili connessi a tali beni, e sostenere inoltre che ciò giustifichi l'attribuzione al possessore di una condizione più favorevole rispetto a quella di altri soggetti che sono tenuti ad un dovere di diligenza (*duty of care*) verso coloro che, con ragionevole prevedibilità, possano subire danni dalla condotta degli stessi soggetti. Il giudice Salmon confutò la tesi

⁽³²⁾ *Nettleship v. Weston* [1971] 3 All E.R. 581 (*infra*, p. 178).

⁽³³⁾ [1972] 1 All E.R. a p. 758, cfr. Lord Pearson at 782.

secondo cui l'imposizione di un dovere di diligenza farebbe gravare sul possessore un peso intollerabile, richiamandosi al fatto che gli scozzesi, i quali « non si distinguono per mancanza di senso pratico, né per eccesso di emotività », avevano, per dieci anni di seguito, mostrato come « le catastrofi che si supponeva dovessero necessariamente seguire a tale ipotesi di responsabilità, fossero del tutto immaginarie » (34). Il diritto scozzese prevede un unico e generale dovere nei confronti di tutti coloro che accedono in un fondo, consistente nel prendere ogni precauzione che, con riguardo alla loro incolumità, appare ragionevole nelle circostanze.

Perché, dunque, un siffatto concetto di proprietà — in armonia con gli orientamenti politici ed economici prevalenti nel XIX secolo, ma difficile da conciliare con la moderna democrazia sociale — continua ad avere un così profondo effetto sull'atteggiamento dei giuristi? La persistenza dei principi del *laissez-faire* in materia di proprietà può spiegarsi con il fatto che essi, insieme a quelli sulla povertà, erano considerati principi di ordine essenzialmente morale, piuttosto che politico o economico. Si riteneva che la povertà fosse un fenomeno inevitabile, che rifletteva il carattere moralmente imperfetto del povero, e tale orientamento incontrò perfino il favore di coloro le cui razionalizzazioni sulla proprietà erano di taglio utilitaristico. J. S. Mill affermò: « È innegabile che esista più di una responsabilità dei ricchi per la loro condotta verso i poveri. Purtuttavia, riguardo alla questione della povertà in sé, non si vede per quale via i ricchi potrebbero aiutarli, se non inducendoli ad aiutare se stessi » (35).

Dal punto di vista di una dottrina del diritto influenzata dalla morale il possesso di beni comporta obblighi morali, di natura personale, comunque, e la carità è un fatto di coscienza privata più che un fatto riguardante lo Stato. Invero, dall'analisi d'ordine morale della proprietà conseguiva che solo coloro i

(34) [1971] 1 All E.R. at 905; cfr. *Occupiers Liability (Scotland) Act*, 1960, (ante p. 152).

(35) *Dissertations and Discussions*, 1859, 181, 199 cit. da C. WOODARD, *Religion and Social Reform, the transition from laissez faire to the Welfare State*, in 72 *Yale L. J.*, 1962, p. 286-292.

quali, a causa dell'età avanzata o di una qualche infermità, fossero incapaci di migliorare la propria sorte, meritavano la carità. Come disse E. Burke: «[...] un giovane che sia sano, allegro e vigoroso non posso definirlo povero » (36). Tale punto di vista si perpetuò e giunse ad influenzare i redattori delle prime leggi sociali del ventesimo secolo. H. Llewellyn Smith, nel 1910 — in un discorso tenuto nella sua qualità di presidente della *Economic and Social Section of the British Association* — così si espresse a proposito delle proposte di legge successivamente tramutate nel *National Insurance Act* (1911): « Nell'interesse generale, è assolutamente necessario escludere richieste di benefici assistenziali, legati ad una condotta colpevole dell'interessato » (37).

La giustificazione della politica del non intervento del diritto nella distribuzione della ricchezza fu chiaramente espressa da Mill: « Ciò che lo Stato può e deve lasciare alla carità privata è il compito di distinguere tra un caso di reale necessità ed un altro. La carità privata può dare in maggior quantità a chi più merita. Lo Stato non deve agire in base a regole generali » (38). Il reale obiettivo della filosofia del *laissez-faire* fu, tuttavia, il mantenimento, e anzi l'accentuazione, di quelle disparità di *status* all'interno della comunità che, come si è già affermato, erano strettamente collegate al valore tradizionalmente attribuito alla proprietà dal diritto. La carità contribuì a consolidare tali differenze di potere sociale, politico ed economico. Nelle parole di un giudice statunitense: « non è possibile sostenere la libertà contrattuale e il diritto di proprietà privata senza, nel contempo, riconoscere come legittime quelle ineguaglianze economiche che costituiscono il risultato inevitabile dell'esercizio di tali diritti » (39).

(36) *Three Letters on a Regicide Peace*, cit. da WOODARD, *op. cit.*, p. 297.

(37) Dobbiamo la citazione a J. Fulbrook.

(38) *Principles of Political Economy*, 1865, p. 585, cit. da WOODARD, *op. cit.*, p. 300; per l'opera svolta dalla *Charity Organisation Society* nel XIX secolo, cfr. anche C. L. MOWAT, *The C.O.S., 1869-1913*, 1961.

(39) Pitney J. in *Coppage v. Kansas* (1915) 236 U.S. 1 at 17; cfr. WOODARD, *op. cit.*, p. 302: « L'organizzazione « Charity » permetteva la necessaria redistribuzione della ricchezza che però non mettevano in discussione lo *status quo* sociale ».

Fu la presa di coscienza di questo principio che, nel XIX secolo, provocò una sfida senza precedenti alla supremazia della proprietà privata.

Analisi marxista della proprietà.

Contro la concezione tradizionale che, come si è visto, faceva coincidere la difesa della proprietà con la libertà politica, si levò, nel XIX secolo, l'opposta concezione socialista esemplificata nel famoso detto di Proudhon, secondo cui la proprietà è un furto. Marx ed Engels non erano direttamente interessati alla formulazione di un nuovo ordine giuridico che, entro i termini in cui si configurava la loro rivoluzione, avrebbe avuto, al massimo, carattere transitorio. Nelle parole di Engels: « L'intervento dello Stato nelle relazioni sociali diviene via via superfluo, in un settore dopo l'altro, e alla fine si estingue da sé. Il governo delle persone viene sostituito dall'amministrazione delle cose e dalla direzione dei processi produttivi. Lo Stato non viene 'abolito', esso si estingue » (40). Con la loro agguerrita polemica contro la proprietà, comunque, Marx e Engels hanno lanciato una sfida alla più importante delle istituzioni giuridiche, aprendo così la strada a nuove analisi, rese necessarie dalla consapevolezza che il diritto continua ad esistere anche in una società comunista. La polemica di Marx era soprattutto diretta contro il fatto che in un regime capitalistico non è il produttore che si appropria del prodotto, ma sono gli altri a farlo. Così in Marx riecheggia la dottrina dei giusnaturalisti come Locke, secondo cui gli individui non dovrebbero avere alcun diritto di proprietà che non sia il frutto diretto del loro lavoro.

Uno dei maggiori teorici del diritto d'indirizzo marxista è Karl Renner, il quale (in *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (41)), sostiene che il rapporto tra il proprietario e i beni da lui posseduti pone in essere una funzione sociale,

(40) *Socialism: Utopian and Scientific*, 1882, cit. da FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 148. [Per la trad. it. dell'opera di F. ENGELS cit. nel testo, cfr. *L'evoluzione del Socialismo dall'utopia alla scienza*, pref. di G. Prestipino, Roma, 1970, p. 113].

(41) [Trad. ing. *The Institutions of Private Law and their social Functions*, ed. O. KAHN-FREUND, 1949, p. 196-7.

che può non trovar riscontro nell'analisi giuridica tradizionale. Così, ad esempio, nel caso di un mutuo in danaro la proprietà può passare al mutuatario, ma è il creditore che rimane titolare della « funzione di capitale ». Nelle mani del suo proprietario un bene diviene, « volta a volta un titolo di potere, di profitto, d'interesse, di profitto d'impresa e di rendita ». Il proprietario acquista pertanto il potere « di comandare su un intero gruppo sociale (lavoratori salariati, debitori, il mercato, etc.) e renderli così dipendenti da lui ». Forme diverse di proprietà « assegnano specifiche maschere di carattere al proprietario », a seconda che si tratti di capitale industriale, di capitale commerciale, di capitale finanziario o di proprietà fondiaria. « L'aspetto sociale di un bene, di per sé semplice, diviene complicato; convergono in esso vari rapporti sociali; esso riflette l'ambiente sociale come uno specchio sferico; come una spugna miracolosa, assorbe sudore e lacrime e trasuda gocce d'oro. Diviene infine un feticcio: il capitale ».

L'analisi di Renner lascia intendere che non è la proprietà privata in sé criticabile, ma i rapporti sociali ed economici che scaturiscono dall'essere proprietari privati di certi tipi di beni. Questa idea è riflessa in un articolo a prima vista sorprendente della Costituzione dell'URSS del 1936 (articolo 10), il quale così dispone: « Il diritto di proprietà personale dei cittadini sui proventi del loro lavoro e sui loro risparmi, sulla casa di abitazione e sull'impresa domestica ausiliaria, sui beni dell'economia domestica e di uso quotidiano, sui beni di consumo e i « comforts », come pure il diritto di eredità della proprietà personale dei cittadini sono tutelati dalla legge » (42). L'unica spiegazione possibile è che la funzione sociale dell'eredità, quella cioè di stimolo alla produzione e di sostegno della famiglia, è considerata favorevolmente dall'ideologia comunista, mentre non lo è la funzione del capitale.

I possibili oggetti dei diritti di proprietà.

L'analisi del Renner è utile in quanto sottolinea l'importanza economica e sociale della proprietà. Sotto questo aspetto, tut-

(42) FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 105 ss.

tavia, essa appare di gran lunga meno rivoluzionaria agli occhi del giurista di *common law* che a quelli di un giurista di *civil law*. Buona parte del dibattito sulla proprietà — che si è fin qui passato in rassegna — è basata sull'assunto che i sistemi giuridici di *common law* e quelli di *civil law* contengono concetti simili di proprietà. In realtà, ciò è ben lungi dall'essere esatto. La tradizione di *civil law*, riflessa nei codici francese, tedesco, svizzero, italiano, e persino in quello sovietico, tende ad identificare la proprietà con la cosa, nonché a limitare la definizione delle cose ai beni mobili o immobili, siccome opposti a diritti più astratti (43). Il *common law* invece, sviluppatosi sulla base di un regime feudale della proprietà immobiliare, è stato più incline a considerare la proprietà come un fascio di diritti, obblighi e relazioni interpersonali derivanti dal potere di disporre e di godere dei beni. R. H. Tawney affermò:

« [Il termine *property*] copre una molteplicità di diritti che non hanno fra loro niente in comune, eccetto il fatto che sono esercitati da individui e sono sanzionati dallo Stato. A parte queste caratteristiche formali, essi variano indefinitamente quanto alla loro natura economica, ai loro effetti sociali e alle giustificazioni morali. Possono essere soggetti a condizioni come i diritti di esclusiva (*patent rights*), ovvero assoluti come il possesso di rendite fondiarie, o soggetti a termine come il diritto d'autore, o permanenti come il diritto di proprietà immobiliare (*freehold*), ed ancora possono essere estesi come la sovranità, o limitati come una servitù (*easement*), intimi e personali come la proprietà di abiti o di libri, ovvero remoti ed intangibili come le azioni di una miniera d'oro o di caucciù » (44).

(43) FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 94; AMOS-WALTON, *Introduction to French Law*, 3ª ed., 1967, p. 87.

(44) *The Acquisitive Society*, 1921, p. 56-7; sul carattere giurisprudenziale di tali diritti cfr. A. M. HONORÉ, *Rights of exclusion and immunities against divesting*, in 34 *Tulane L. R.*, 1960, p. 453 ss.; J. RAZ, *The concept of a legal system*, 1970, p. 175 ss. [trad. it. *Il concetto di sistema giuridico*, a cura di P. Comanducci, Bologna 1977].

La conseguente flessibilità di tale sistema ha permesso al *common law* di accogliere con maggiore facilità — rispetto ai sistemi di *civil law* — diritti astratti quali quelli d'autore, di esclusiva, le azioni di società e le opzioni, come altrettante forme di proprietà. Invero, l'attribuzione delle caratteristiche di diritto di proprietà a questi interessi intangibili ha avuto un grande rilievo come tecnica di delimitazione delle condotte lecite ⁽⁴⁵⁾. Per il riconoscimento, infatti, di un diritto di azione, è spesso sufficiente soltanto che l'attore provi di avere un diritto di proprietà che è stato violato dal convenuto, senza bisogno cioè di provare anche l'elemento soggettivo (dolo o colpa) dell'illecito. Attribuire natura di proprietà ad una astrazione, come ad esempio le informazioni riservate, può essere improprio, ma nel *common law* ciò è avvenuto per la tendenza di questo sistema giuridico ad accogliere una serie di diritti riconosciuti in via di equità (*equitable* o *beneficial interests*) ⁽⁴⁶⁾. Nelle parole del giudice Roxburgh: « ... l'essenza di questo settore del diritto, qualunque possa essere stata la sua origine, consiste in ciò che chi ha ottenuto informazioni per via confidenziale non è autorizzato a servirsene per attività che arrechino danno alla persona stessa che ha trasmesso tali informazioni » ⁽⁴⁷⁾. In questo senso, la persona che comunica ad un'altra delle informazioni ha diritto di controllarne l'utilizzazione, mediante il ricorso ad un'azione inibitoria. Inoltre, ed in maniera ancora più raffinata, si ritiene che chi ha ricevuto informazioni riservate, usandone nel suo interesse esclusivo, assuma la qualità di fiduciario (*trustee*) con il conseguente obbligo di amministrare a vantaggio della persona che ha dato tali informazioni (e che si considera come se fosse l'originario 'proprietario' di esse) i proventi derivati dall'uso

⁽⁴⁵⁾ J. A. JOLOWICZ, *The Law of Tort and non-physical loss*, in XII *J.S.P.T.L.*, 1972, p. 91-100.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *Boardmann v. Phipps* [1966] 3 All E.R. 721; *Seager v. Copydex Ltd.* [1967] 2 All E.R. 415; *Baker v. Gibbons* [1972] 2 All E.R. 759. Cfr. gli articoli di G. JONES (in 86 *L.Q.R.*, 1970, p. 463) e di P. NORTH (in XII *J.S.P.T.L.*, 1972, p. 149). Lo *Younger Committee on Privacy* raccomandò che tale questione fosse rimessa alla *Law Commission*.

⁽⁴⁷⁾ *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd.*, cit. da Roskill J. in *Cranleigh Precision Engineering Ltd. v. Bryant* [1964] 3 All E.R. 289 a p. 301.

fatto delle informazioni stesse. Alla base di questa costruzione vi è essenzialmente un modo di concepire la proprietà, da parte dei giuristi di *common law*, come un fascio di diritti.

Un altro uso moderno della proprietà come forma di tutela di diritti si ha in materia di rapporti di lavoro (48). L'approccio tradizionale del diritto inglese al riguardo è di tipo strettamente contrattuale. È infatti previsto il solo risarcimento dei danni per il lavoratore ingiustamente licenziato, ma non la reintegrazione nel posto di lavoro come ipotesi di esecuzione in forma specifica del contratto di lavoro: questa infatti deve essere reciproca, sicché ammetterla equivarrebbe a «trasformare i contratti di lavoro in contratti di schiavitù» (49). Tuttavia, il risarcimento dei danni costituisce un mezzo inadeguato di tutela, ad esempio, quando non copra la perdita di indennità e di altri benefici. Ciò è stato riconosciuto dalla Corte d'Appello inglese con una decisione del 1971 (*Hill v. C. A. Parsons and Co. Ltd.*), dove fu concessa la reintegrazione nel posto di lavoro. Come dichiarò il giudice Sachs, oggi «si considera che il lavoratore acquisti una sorta di proprietà del proprio posto di lavoro» (50). Anche se la recente legislazione inglese non è pervenuta a un tale riconoscimento, si nota una linea di tendenza ad allontanarsi — in materia di lavoro — dalle categorie del contratto a favore di quelle della proprietà (51).

Il diritto francese definisce la proprietà come «il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo» (*code civ.*, art. 544); tale definizione rappresenta probabilmente una reazione post-rivoluzionaria alle limitazioni imposte ai proprietari terrieri dal regime feudale. È stato sostenuto che questo carattere assoluto del concetto continentale di proprietà è la ragione dell'assenza, nei sistemi giuridici di *civil law* (52), di un istituto

(48) Cfr. *Encyclopedia of Labour Relations Law* (ed. B. HEPPLÉ - P. O' HIGGINS), par. 1-017 ss. e 1-381 ss.

(49) Per Fry L.J. in *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch. D. 430 a p. 438.

(50) [1971] 3 All E.R. 1345 a p. 1355.

(51) La Raccomandazione n. 119 della *International Labour Organisation Geneva Conference* (1962) favorisce la riassunzione dopo licenziamento ingiusto.

(52) V. BOLGAR, *Why No Trusts in Civil Law?*, in 2 *Am. J. Comp. L.*, 1953, p. 204.

come il *trust*. L'orientamento del diritto inglese è stato invece quello di frammentare e scindere i diversi interessi del proprietario rispetto ai beni: di conservazione, di disposizione e di godimento. In altre parole, il diritto inglese distingue tra la funzione di godimento (*beneficial function*), da un lato, e la funzione reipersecutoria e di disposizione (*managerial function*), dall'altro. Non deve trarre in inganno l'apparente astrattezza del diritto inglese in materia di proprietà. È vero che « qui più che altrove si ha l'impressione di muoversi in un mondo di pure idee, dal quale viene interamente escluso tutto ciò che è fisico e materiale »⁽⁵³⁾. Tuttavia, i *property rights* del *common law* sono e sono stati sempre correlati alle istanze sociali ed economiche, per quanto provenienti dalle classi dei proprietari terrieri e dei commercianti. Le critiche dello studioso danese Vinding Kruse, secondo cui « a causa del netto isolamento esistente tra le varie discipline, il diritto e l'economia politica, come pure le altre scienze sociali hanno, in certa misura, parlato di proprietà e di fenomeni simili come un cieco parla dei colori »⁽⁵⁴⁾, sono riferibili meno al *common law* di quanto lo siano invece ai sistemi di *civil law*.

La proprietà come bene commerciale.

Uno dei maggiori problemi che i giuristi occidentali han dovuto affrontare è quello della trasformazione della proprietà da patrimonio statico, trasmesso di generazione in generazione, come mezzo di conservazione del potere e dello *status* sociale, a bene commerciale, facilmente trasferibile, e rispetto a cui sia garantita la validità del titolo d'acquisto. A mezzo di meccanismi diretti ad assicurare la libera disponibilità di beni, quali la « *Rule against Perpetuities* » o la rottura del vincolo di inalienabilità (*entail*), il *common law* ha da tempo favorito il concetto della proprietà come bene commerciale. Le disposizioni legislative inglesi del 1925 in materia di diritto su beni immobili, associando

⁽⁵³⁾ F. H. LAWSON, *The Rational Strength of English Law*, 1951, p. 79. Per una recente analisi dei vantaggi nelle differenti forme di distribuzione della ricchezza, cfr. A. B. ATKINSON, *Unequal Shares*, 1972, capitoli 2 e 3.

⁽⁵⁴⁾ *The Right of Property*, 1939, p. 6.

la funzione di godimento dei beni al loro valore capitale — rappresentato dal ricavato della vendita — e conservando al tempo stesso la funzione di gestione libera da impedimenti nascosti, seguiva l'evoluzione dei tempi.

Il riconoscimento della proprietà quale bene commerciale pone, per un verso, il problema della tutela dell'acquirente di buona fede; per un altro, quello della tutela del proprietario originario che si veda privato della proprietà del bene con l'inganno, o per errore, o in seguito a un furto. La situazione classica è quella di un truffatore, privo di mezzi, un uomo di paglia che non vale in sé una denuncia, il quale induce dolosamente un proprietario a spogliarsi di propri beni, che quindi vende ad un acquirente di buona fede, intascando il prezzo e lasciando le due persone in lite fra loro. Il problema potrebbe, in qualche misura, essere risolto mediante un sistema di registrazione di immobili, azioni, navi o automobili. Ciò offrirebbe all'acquirente l'opportunità di accertare quali sono i diritti esistenti relativamente ai beni registrati, sicché qualora l'acquirente non si avvalga del ricorso a questa forma di pubblicità, se ne assumerà i rischi. Sistemi del genere non sono nuovi. Enrico VIII ideò un registro generale dei trasferimenti immobiliari come complemento dello *Statute of Uses* ⁽⁵⁵⁾. Già dal 1617, in Scozia, i diritti relativi a beni immobiliari devono essere registrati nel catasto pubblico (*Register of Sasines*). Naturalmente, la registrazione di tutti i beni in commercio è cosa impossibile. In assenza quindi di un sistema di registrazione si presenta il problema, nei rapporti fra alienante e acquirente, dell'accertamento di eventuali diritti di terzi sui beni oggetto di trasferimento. Come rileva il Lawson, non esiste una risposta razionale al problema, e « sistemi giuridici diversi hanno seguito strade diverse, elevando le proprie soluzioni a livello di articoli di fede » ⁽⁵⁶⁾. Nei sistemi giuridici di *civil law* l'acquirente di buona fede è normalmente tutelato. Il *common law* ha, invece, tradizionalmente favorito il proprietario originario. Questa regola di *common law* è però soggetta ad eccezioni di rilievo, come, ad esempio, nel caso del *Factors Act* ovvero con riguardo alla

⁽⁵⁵⁾ C. H. S. FOOT, *English Law and Its Background*, 1932, p. 205 ss.

⁽⁵⁶⁾ *op. cit.*, p. 101.

regola del *market overt* (*). Il tacito riconoscimento del fatto che nei rapporti commerciali è probabile che il venditore sia assicurato contro rischi di frode o di furti, o, altrimenti, che sia maggiormente in grado di distribuire la perdita sul mercato, ha portato ad una maggiore disponibilità da parte dei giudici di *common law* ad accettare che la proprietà di un bene si trasferisca persino ad un truffatore (57).

Ciò che affiora da queste considerazioni è che le formulazioni convenzionali sono inadeguate persino in un contesto apparentemente semplice quale può essere quello della proprietà di un'automobile. Sia il venditore sia l'acquirente possono difatti rivendicare legittimamente la tutela del proprio diritto. Nel continente europeo, durante il medioevo e poi nel moderno diritto francese (*C. civil*, art. 2280) fu raggiunto un compromesso. Un proprietario derubato dei propri beni può recuperarli — in altre parole, può affermare i suoi diritti di disposizione e di godimento — nei confronti dell'acquirente di buona fede, versando all'acquirente stesso una somma eguale al prezzo da lui pagato per acquistarli. In tal modo l'acquirente di buona fede si vede riconosciuti almeno i suoi diritti sul piano commerciale. Secondo il giudice Devlin: « La risposta più semplice è che la perdita sia suddivisa in parti uguali; quando, invece, il dolo o l'imprudenza di una delle parti abbia provocato o contribuito a provocare la perdita, questa dovrebbe ricadere per intero o in gran parte sulla parte stessa » (58).

Nell'intera area del diritto occidentale si è altresì giunti a prendere coscienza del fatto che i vantaggi e gli oneri della proprietà potrebbero anche non essere, di fatto, quelli suggeriti da una concezione tradizionale. Ad esempio, si ipotizzi il caso di

(*) [La regola del *market overt* (lett., «mercato aperto») si trova così formulata nel *Sale of Goods Act* (Legge sulla compravendita di merci) del 1893 (confermato dal *Sale of Goods Act*, 1979): « Quando la merce è venduta in un pubblico mercato, in conformità dell'uso dello stesso, il compratore acquista un titolo valido sulla merce, purché l'acquisto in buona fede e senza avere cognizione di qualsiasi vizio o della mancanza di titolo da parte del venditore »].

(57) *Phillips v. Brooks* [1919] 2 K.B. 243; *Lewis v. Averay* [1971] 3 All E.R. 907.

(58) *Ingram v. Little* [1961] 1 Q.B. 31 a p. 73.

un gioielliere che abbia venduto ad un truffatore un anello prezioso; si potrebbe pensare che il gioielliere subisca così una perdita. In realtà, però, è assai probabile che egli sia assicurato contro rischi del genere ⁽⁵⁹⁾. Di conseguenza, la sua unica perdita sarà quella di un aumento del premio di assicurazione per l'anno successivo; perdita che, a sua volta, sarà trasferita sui clienti mediante un ritocco dei prezzi. Le implicazioni dell'assicurazione sulla responsabilità civile sono già state discusse ⁽⁶⁰⁾, ma, come si è visto a proposito della decisione relativa al caso *Herrington*, le relative ripercussioni sui diritti di proprietà non sono ancora state valutate in tutta la loro portata né dal legislatore né dai giudici.

Proprietà societaria.

All'interno delle società capitalistiche avanzate le funzioni di gestione (*managerial*) e di godimento (*beneficial*) della proprietà stanno divenendo sempre più differenziate. Non è stato chiarito se il diritto dell'area occidentale sia riuscito ad adattare i valori della società capitalistica, o anche pre-capitalistica, alle esigenze del capitalismo avanzato o della democrazia sociale ⁽⁶¹⁾. In effetti, la maggiore debolezza delle teorie di Renner sulla funzione del capitale consiste nell'assenza di un'analisi di questo aspetto. Ciò è ben illustrato proprio dal suo esempio di un azionista che è proprietario solo dei titoli azionari e non dei beni della società, e che tuttavia — secondo Renner — ancora esercita la funzione di capitale. Oggi, in realtà, anche un azionista che all'interno di una società abbia un peso consistente, non può con tutta probabilità far valere la propria opinione personale né a livello di gestione interna, né per quanto riguarda l'assunzione della manodopera, né per quanto riguarda gli effetti della sua attività sulla comunità esterna. « Il diritto di proprietà » — ha affermato Julius Stone — « ridotto ormai al diritto ad un dividendo, è rimasto nelle mani degli azionisti; il controllo viene assunto da coloro ai quali la disponibilità dei pacchetti azionari conferisce il potere

⁽⁵⁹⁾ Cfr. *Lake v. Simmons* [1972] A.C. 487.

⁽⁶⁰⁾ *Infra* p. 119 e p. 176 ss.

⁽⁶¹⁾ KAHN-FREUND, intr. a RENNER, *op. cit.*, p. 3.

di ricoprire personalmente le cariche manageriali o di eleggere ad esse i propri sostituti » (62). Oggi, la funzione effettiva di capitale è detenuta dai *managers*, i quali possono anche non possedere azioni o, comunque, quasi certamente, non hanno la maggioranza del pacchetto. « Può anche darsi che il capitalismo continui ad esistere; il capitalista però è di certo scomparso » (63).

Il diritto occidentale è stato perciò costretto a chiedersi nell'interesse di chi, una società per azioni, dovrebbe essere gestita. Come osserva Gower: « ... il diritto ha risposto dichiarando che gli interessi generali dell'impresa come tale sono quelli che contano e che, in senso lato, questi interessi sono da identificarsi con quelli della maggioranza dei soci ». Tuttavia: « Una cosa è ciò che afferma il diritto, altra cosa è ciò che di fatto avviene » (64). Nella pratica, utilizzando pacchetti azionari di minoranza e controllando le procedure di voto mediante procura, o esercitando poteri di controllo attraverso società finanziarie, i *managers*, o la minoranza attiva che essi rappresentano, possono senza difficoltà guidare una maggioranza formata da azionisti divisi o apatici, persino in sede d'assemblea generale. Può talvolta accadere che queste prassi creino scalpore, e che allora si cerchi, entro limiti ristretti, di limitare i poteri delle minoranze attive (65). È, tuttavia, un principio fondamentale quello per cui « il giudice non interferisce con l'indirizzo gestionale interno di società che operino nel rispetto delle norme statutarie, e in effetti non ha il potere di farlo » (66). A meno che i dirigenti si spingano oltre i limiti dei propri poteri (*ultra vires*), la maggior parte degli azionisti è in realtà tagliata fuori dalle funzioni manageriali inerenti ai loro stessi titoli azionari.

Nell'interesse di chi, allora, secondo il diritto, è amministrata una società per azioni? È fuor di dubbio che in nessun caso gli amministratori stessi possano essere considerati come i benefi-

(62) *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, p. 428.

(63) A. A. BERLE, *The Twentieth Century Capitalist Revolution*, 1955, p. 27, cit. da STONE, *loc. cit.*; ATKINSON, *Unequal Shares*, *cit.*, p. 38-43.

(64) *Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. 1969, 499.

(65) Cfr. GOWER, *Principles*, *cit.*, cap. 24; H. RAJAK, *The Oppression of Minority Shareholders*, in 35 *M.L.R.*, 1972, p. 156.

(66) *Burland v. Earle* [1902] A.C. 83 at 93, *per* Lord Davey.

ciari dell'attività della società; è principio stabilito che essi si trovino in un rapporto fiduciario con la società allorché agiscono nell'esercizio dei propri doveri (67). Può, allora, dirsi che i lavoratori e i dipendenti in senso lato abbiano un qualche diritto, oltre quello alla retribuzione, come conseguenza dell'investimento del proprio lavoro nella società?

Quando ai lavoratori viene corrisposto un premio il cui pagamento è nell'interesse stesso dell'impresa e della sua prosperità, in quanto vale a migliorare le relazioni con i lavoratori, si rimane entro i limiti di una gestione corretta (*intra vires*) (68). Se, per altro verso, i premi sono corrisposti in via puramente graziosa, come nel caso di aziende che hanno cessato la propria attività, e si tratta quindi di pagamenti diretti a compensare i dipendenti licenziati per eccesso di personale, la gestione deve ritenersi viziata per mancanza di potere (*ultra vires*) e gli atti relativi non possono essere ratificati neppure da parte della maggioranza degli azionisti. Così dichiarò il giudice Plowman: « Vi sarebbero motivi molto validi per appoggiare la tesi secondo cui, in rapporto al quesito su ciò che sia nel maggior interesse delle proprie aziende, i *managers* hanno facoltà di tener conto degli interessi delle maestranze indipendentemente da qualsiasi vantaggio per l'azienda ... Tuttavia, non mi è stato citato alcun precedente a sostegno ... e, nel mio giudizio, non è questo il diritto » (69).

Soprattutto nelle industrie minerarie e siderurgiche tedesche sono stati effettuati esperimenti di ciò che si definisce « cogestione », ossia di un rapporto societario tra capitale e lavoro, in cui le maestranze o, quanto meno, i sindacalisti che li rappresentano, partecipano in qualche misura alla gestione dell'impresa (70). Una struttura del genere è ipotizzata nei Titoli IV e V

(67) *Per Romer J. in Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.* [1925] Ch. 407 a p. 426.

(68) *Re Lee Behrens and Co. Ltd.* [1932] 2 Ch. 46 a p. 51.

(69) *Parke v. The Daily News Ltd.* [1962] 2 All E.R. 929 a p. 948. Cfr. ora il *Redundancy Payments Act*, 1965.

(70) Cfr. GOWER, *Principles*, cit., p. 62-64; FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 342-345; ed il *Report of the Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations* [(The Donovan Commission) 1968, Cmnd. 3623, cap. 15], che impropriamente lascia intendere che l'esperimento tedesco della cogestione implichi la par-

del progetto di legge, presentato al Consiglio d'Europa per la creazione di una nuova entità giuridica, la « Società Europea ». Il progetto prefigura un maggior grado di controllo effettivo da parte sia degli azionisti sia dei lavoratori, ai quali verrebbe attribuito il diritto di nominare i membri di un organo interno di controllo formato in ragione di due azionisti per un lavoratore. Questo organo avrebbe il compito di tenere sotto costante osservazione il consiglio di amministrazione con poteri di indagine e, per alcune determinate situazioni, di licenziamento. Gli uomini politici inglesi hanno di recente mostrato un certo interesse per progetti di questo tipo. Siamo tuttavia del parere che, per il presente, le prospettive di riuscita di strutture del genere siano scarse. Da un lato, è probabile che, a causa del disinteresse e delle divisioni esistenti fra gli azionisti, le nomine dei membri degli organi di controllo avvengano comunque sulla base degli interessi manageriali. Dall'altro lato, i movimenti sindacali dell'area occidentale, ivi compresa la Germania Federale con la sua tradizione di *Sozialpartnerschaft*, non hanno mostrato grande entusiasmo per la cogestione, ed è improbabile che daranno la loro adesione al progetto di legge. Può essere, tuttavia, che si assisterà alla buona riuscita di tentativi di riforma legislativa diretti a trasformare le relazioni tra maestranze e padronato, da relazioni a carattere « conflittuale » in relazioni quanto meno di tipo « contrattuale » (71). Alcuni influenti sindacalisti statunitensi hanno accolto la soluzione della cogestione come uno strumento atto ad espandere, dall'interno, la « coscienza aziendale » (72), soprattutto per quanto attiene alle grosse società multinazionali. Ciò potrebbe, a sua volta, portare all'assegnazione di un ruolo rivoluzionario alla funzione di gestione, sia per i lavoratori sia

tecipazione dei lavoratori nella conduzione dell'impresa e non il controllo del *management*.

(71) *Industrial Relations Code of Practice* (H.M.S.O. 1972), par. 10: « Scopo principale delle *Trade Unions* è quello di promuovere gli interessi dei propri iscritti. Esse possono far ciò solo se sono prospere le imprese in cui essi lavorano. Per questo motivo, le *Trade Unions* hanno un interesse al buon andamento di quelle stesse imprese e provvedono in gran parte a questo cooperando con misure atte a incrementarne l'efficienza ».

(72) Sull'argomento cfr. BERLE, *The Twentieth Century Capitalist Revolution*, cit.

per il capitale e, almeno in parte, convertire l'utopistica concezione lockiana della proprietà giustificata dal lavoro in una realtà del ventesimo secolo.

La riaffermazione della proprietà come valore.

All'interno delle società capitalistiche avanzate, l'espansione della sfera delle attività statali, associata a vaste accumulazioni di ricchezze e alla conseguente scissione tra la funzione di godimento e quella di gestione della proprietà, ha portato ad una radicale rivalutazione del concetto di proprietà nell'ambito del diritto occidentale. Per secoli, invero, si è riconosciuta l'esistenza in qualche misura di diritti pubblici sulla proprietà privata e si è altresì ammesso, come già s'è visto, che i doveri del proprietario erano una parte essenziale delle teorie giusnaturalistiche sulla proprietà. Così, Grozio sostenne che: « la proprietà dei cittadini è sotto l'eminente dominio dello Stato; e per ciò stesso lo Stato, o chi per lui, può usare, o persino alienare o distruggere, una proprietà siffatta ... a scopo di pubblica utilità » (73). Le circostanze in cui lo Stato aveva facoltà di esercitare quel potere erano, comunque, soggette a restrizioni rigorose, e non fu prima del XIX secolo che i sistemi giuridici occidentali giunsero a riconoscere un più generale diritto dello Stato di interferire nella proprietà privata.

Inoltre, nel corso di questo secolo, si son venuti sviluppando ulteriori concetti di proprietà. Nel 1919, il secondo postulato di Pound, riguardante il diritto americano, stabiliva che: « nella società civile, gli uomini devono poter avere la certezza di sapere se sia loro possibile controllare, a scopo di godimento, ciò che hanno scoperto e di cui si sono appropriati per farne uso personale, e ciò che hanno creato con il proprio lavoro e acquistato entrò il sistema sociale ed economico vigente ». Fu solo nel 1959 che Pound riconobbe che esistevano fondati motivi per muovere delle obiezioni al suo postulato, soprattutto riguardo ai concetti di diritto « quasi-naturale » inerente all'appropriazione e creazione; concetti che avevano senz'altro ragione d'essere

(73) *De Jure Belli ac Pacis*, III, 20, 7.

nell'« America dei pionieri », ma che divenivano di gran lunga meno pertinenti in una « società industriale urbana » (74). Uno dei fattori cruciali di questo processo fu la transizione dalla teoria della società basata sul *laissez-faire* a quella della società assistenziale. Questo mutamento implicò la presa di coscienza del fatto che la povertà non è un fenomeno d'ordine morale né essa è inevitabile, ma può e deve invece essere sradicata, e che lo Stato costituisce la sola istituzione in grado di regolare le forze economiche responsabili della povertà, e attuare una efficace ridistribuzione della ricchezza. Pur tuttavia, ancora nel 1906, una legge del Wisconsin — che imponeva una tassa di successione graduata in rapporto all'entità dei beni ereditati — fu respinta come incostituzionale, con la motivazione che violava i diritti naturali di proprietà ed eredità « esistenti fra gli uomini prima ancora della formulazione delle nostre costituzioni » (75). A tutt'oggi, il diritto inglese non vede niente di male nel fatto che un cittadino cerchi di limitare il peso dell'imposizione fiscale, poiché « ognuno ha diritto, se può, di predisporre le proprie attività in modo da pagare meno tasse che sia possibile » (76).

L'esperienza dei conflitti mondiali e il rapido incremento della popolazione hanno dato ai governi coscienza del fatto che lo spreco di risorse naturali, agricole e industriali, è oramai problema d'interesse pubblico e non d'interesse privato; si da indurli ad interferire con sempre maggiore frequenza nell'utilizzo delle risorse private. Così, l'articolo 14 (2) della Costituzione della Germania Federale del 1949, dispone che: « La proprietà implica degli obblighi. La sua utilizzazione deve servire anche il bene pubblico » (77). Perfino nell'ambito di sistemi economici capitalistici o ad economia mista si è talvolta cercato di orientare la proprietà verso obiettivi sociali, sebbene si possa dire che molte istanze storiche, oggi considerate quali esemplificazioni di proprietà dello Stato, rispondono meglio ad un'analisi che le veda

(74) J. STONE, *Human Law and Human Justice*, 1965, pp. 280-2.

(75) *Nunemacher v. State* 129 Wis. 190 at 200, cit. da STONE, *op. cit.*, p. 97-8.

(76) *I.R.C. v. Duke of Westminster* [1936] A.C. 1 at 19, *per* Lord Tomlin; cfr. *Ayrshire Pullman Motor Services v. C.I.R.* (1929) 14 T.C. 754 at 763.

(77) Art. 14 (2), cit. da FRIEDMANN, *op. cit.*, p. 195.

come forme di tutela per scopi d'ordine sociale. Il risalto dato alla proprietà di Stato è frutto della confusione, di epoca medioevale, tra il potere del sovrano di regolare l'uso delle cose (*imperium*) e la proprietà (*dominium*)⁽⁷⁸⁾. Si può tracciare una linea di distinzione tra differenti attività del governo volte, da un lato, all'acquisizione di beni, dall'altro, alla risoluzione delle vertenze fra cittadini o gruppi, in seno alla comunità. Il primo tipo di attività potrebbe definirsi come capacità imprenditoriale del governo. Ovvie esemplificazioni sono i casi di acquisto di terreni per la costruzione di strade, scuole e caserme, o anche quelli della nazionalizzazione di industrie. Il secondo tipo di attività può chiamarsi capacità di mediazione; si espleta, ad esempio, nella progettazione di piani di controllo per la tutela contro danneggiamenti tra vicini, per la preservazione della salute o degli *standards* di sicurezza, o nella definizione per legge di criteri di equo canone o dei minimi salariali. In realtà, comunque, l'impatto con il proprietario di beni privati, i cui diritti siano toccati, è identico in entrambi i casi. Sicché, tracciare una distinzione tra le due funzioni, dicendo, ad esempio, che la prima fa nascere il diritto ad un indennizzo, mentre l'altra no, sarebbe come ragionare sul presupposto ingiustificato che solo la prima persegue uno scopo legittimo di governo ma non l'altra⁽⁷⁹⁾.

In vista del crescente potere delle società anonime, la necessità di interventi statali rispetto ai diritti di proprietà ha recentemente avuto un riconoscimento maggiore che in passato. Secondo il Berle: « Il controllo di tipo « socialista », ovvero la gestione diretta da parte dello Stato, sembra essere la sola alternativa. Il diritto di proprietà non ha niente a che fare con esso, e può anche non esserne toccato »⁽⁸⁰⁾. In questo secolo, il fenomeno crescente della concentrazione del potere nelle grosse società di capitali, in quanto rappresenta una sfida alla sovranità dello Stato, ha notevolmente contribuito a persuadere della necessità, per l'ordinamento giuridico, di abbandonare i concetti

⁽⁷⁸⁾ POUND, *op. cit.*, p. 111 [trad. it. cit., p. 172].

⁽⁷⁹⁾ J. L. SAX, *Takings and the Police Power*, in 74 *Yale L. J.*, 1964, p. 36 e 61 ss.

⁽⁸⁰⁾ *Power*, 1969, p. 258.

di inviolabilità della proprietà. Nel 1941, il giudice Frankfurter constatò che una società privata, che in pratica controllava l'industria navale nazionale nordamericana, aveva la capacità potenziale di ricattare il Governo degli Stati Uniti ⁽⁸¹⁾. Come risultato dello sviluppo postbellico delle multinazionali, « le società internazionali stanno con rapidità sostituendosi agli Stati nazionali nel ruolo di unità di base operativa ed amministrativa dell'economia internazionale » ⁽⁸²⁾. La *General Motors*, ad esempio, ha un giro d'affari più vasto del bilancio di un paese industrialmente avanzato come i Paesi Bassi. I singoli Stati, di fatto corrono il serio pericolo di divenire incapaci di esercitare un controllo effettivo sulle multinazionali che operano nell'ambito del loro territorio. Inoltre, il fatto che le società multinazionali non abbiano come tali uno stato giuridico proprio, ma operino invece per il tramite di filiali nazionali, rende gli strumenti di regolazione — ad esempio la verifica dei profitti — complessi, e spesso inapplicabili entro il quadro degli attuali concetti relativi alla personalità giuridica. Come negli Stati Uniti, la minaccia rappresentata dal capitale privato per l'autonomia dello Stato provocò un vigoroso intervento a livello federale ad opera dell'amministrazione Roosevelt, allo stesso modo i singoli Stati potrebbero esser costretti dalle circostanze a decidere per una cooperazione internazionale diretta al controllo del capitale multinazionale. È un fatto, che le associazioni sindacali parlino attualmente in termini di contrattazioni collettive internazionalmente organizzate e di azioni di lotta capaci in tal senso di ristabilire gli equilibri di forze tra le parti ⁽⁸³⁾. Un esempio di iniziative del genere è costituito dalla controversia Dunlop-Pirelli, del 1972. Se i governi dovessero tutti seguire tale esempio ne scaturirebbe inevitabilmente l'esigenza, in vista di un controllo giuridico sopra nazionale, di un completo riesame della struttura della proprietà. Risulta oramai chiaro che i criteri valutativi

⁽⁸¹⁾ *U.S. v. Bethlehem Steel Corporation* 315 U.S. 289 at 312 ss.; J. STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, 427.

⁽⁸²⁾ *International Companies; Report of a Conference*, (T.U.C.), 1970, 3.

⁽⁸³⁾ K. W. WEDDERBURN, *Multi-national Enterprise and National Labour Law*, in *Industrial L. J.*, 1972, p. 12.

tradizionali del diritto occidentale — esemplificati nell'interpretazione, di fonte occidentale, dell'articolo 17 (2) della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, (1948), orientata verso la creazione di forme articolate d'indennizzi relativi ad espropri operati dallo Stato, delle risorse delle filiali nazionali di società estere — non hanno alcuna probabilità di raccogliere il consenso generale.

Fermo restando, comunque, il fatto che l'accresciuto intervento statale nell'economia e l'esigenza di controllare il potere delle grosse società private hanno rese necessarie invasioni radicali nella sfera dei diritti di proprietà, in quale misura potranno esse conciliarsi con i criteri valutativi tradizionali della proprietà in quanto « sacra ed inviolabile »? Siamo del parere che la chiave del problema stia nella separazione tra la funzione di godimento (*beneficial*) e quella manageriale (*managerial*) della proprietà. La formulazione di Grozio, sulla prerogativa del dominio eminente, insisteva sul fatto che « lo Stato è tenuto a indennizzare coloro i quali subiscono danni relativi ai loro beni » (84). In altre parole, con l'indennizzo viene rispettata la funzione di godimento, anche se quella manageriale è espropriata. Nel caso *Burmah Oil Company Ltd. v. Lord Advocate*, sebbene la Camera dei Lords avesse passato accuratamente in rassegna i casi di esercizio dei poteri di prerogativa regia sulla proprietà verificatisi dal 1660, non poté trovare un solo esempio in cui lo Stato avesse espropriato terre o, comunque, interferito con la proprietà immobiliare, senza pagare un indennizzo. Lord Reid affermò: « Le persone che godevano di una posizione influente potevano essere inclini a rendere servizi allo Stato, erano però estremamente suscettibili per ciò che riguardava la proprietà » (85). Nonostante che la proprietà fosse soggetta alla massima *salus populi suprema lex*, qual-

(84) *Loc. cit. ante*, n. 73. Sax asserisce che questo limite sul *dominium eminens* — individuato da Grozio, Pufendorf ed altri — non mirava a preservare gli interessi dei proprietari, ma era piuttosto un'espressione del loro timore d'un intervento autoritario arbitrario in periodi di emergenza e timore di « imposizioni ingiuste, sommarie o perfino discriminatorie, create dalla pressante necessità d'intervento da parte dello Stato ... », *op. cit.*, 54-7.

(85) [1965] A.C. 75 at 101.

siasi riduzione patrimoniale si fosse determinata, doveva « essere ugualmente divisa fra coloro che avevano diritti di godimento, ivi incluso lo stesso titolare del diritto di proprietà sul bene espropriato, in modo da farla ricadere sullo Stato e non sull'individuo »⁽⁸⁶⁾. Eppure, giunto il momento, anche la funzione di godimento è soggetta ad una valutazione comparativa in rapporto alle istanze concorrenti. Così, il Parlamento, annullando retrospettivamente la decisione del caso *Burmah Oil* con il *War Damage Act*, del 1965, stabilì che il valore della sicurezza dello Stato nel periodo bellico fosse prevalente rispetto ai diritti di indennizzo.

Limite simile a questo, della protezione della facoltà di godimento, si ritrova, in America, nelle modalità inerenti all'esercizio del potere autoritativo dello Stato in relazione al diritto di proprietà. Il Quinto Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti dispone che « nessuna proprietà venga espropriata per uso pubblico senza un congruo indennizzo ». Ciò nonostante, persino questa misura di protezione, apparentemente rigida, della facoltà di godimento, è stata considerata come non riferibile ad interventi statali che, pur non corrispondendo ad un esproprio vero e proprio, tuttavia limitano gravemente i diritti di gestione e di godimento del proprietario. « Se il Governo proibisce la continuazione di un'attività commerciale che viene svolta da lungo tempo, ovvero dichiara del tutto fuori legge certe attività commerciali, o ancora proibisce l'utilizzazione di beni commerciali per uno qualsiasi degli scopi che costituiscono il loro sostanziale valore commerciale, può non dover pagare niente »⁽⁸⁷⁾. La spiegazione più verosimile delle cause d'erosione della supremazia della proprietà è quella che ci riporta alle esigenze d'equilibrio tra valori confliggenti. Nelle parole del giudice Holmes:

« Tutti i diritti tendono ad affermarsi come assoluti, fino ai loro estremi. Ma, di fatto, tutti sono limitati dal concorso dei diversi principi a fondamento di ciascuno e tutti divengono, a un certo punto, sufficientemente forti

⁽⁸⁶⁾ Per Lord Kilbrandon, 1963 s.c. 410 at 429; cfr. il principio francese di « égalité devant les charges publiques »; *supra*, p. 144.

⁽⁸⁷⁾ SAX, *op. cit.*, p. 36.

da resistere uno all'altro. I limiti posti alla proprietà da altri interessi pubblici rappresentano un settore di quello che si definisce il ' *police power* ' dello Stato. Le linee di confine lungo le quali gli interessi confliggenti si bilanciano non possono esser determinate a priori da alcuna formula generale; ma singoli punti di quelle linee, o che aiutino a definirle, sono stabiliti mediante la decisione che questo o quel concreto caso di specie cada più vicino o più lontano alla linea del confine. Ad esempio, con l'esercizio del potere autoritativo può fissarsi un limite d'altezza per gli edifici di una città, senza indennizzo. In questa misura esso riduce la sfera di quelli che sarebbero, altrimenti, i diritti di proprietà. Ma se lo stesso potere tentasse di limitare l'altezza ad un punto tale da rendere tutto un insieme di edifici completamente inutilizzabile, i diritti di proprietà prevarrebbero sull'interesse pubblico, e il potere autoritativo verrebbe meno ai propri compiti. La definizione di tali limiti implicherebbe un indennizzo e il potere del *dominium eminens* » ⁽⁸⁸⁾.

In un'era come la nostra, in cui dovunque sono in corso profondi mutamenti delle realtà politiche ed economiche concernenti l'assetto proprietario, è difficile prevedere dove giungerà il processo di relativizzazione del concetto di proprietà.

⁽⁸⁸⁾ *Hudson County Water Company v. McCarter* (1908) 209 U.S. 349 at 355.

CONTRATTO, CONCORRENZA E CONFLITTI D'INTERESSE ECONOMICO

Nei moderni sistemi giuridici occidentali, gli elementi essenziali del contratto sono considerati quello della promessa (*promise*) e quello dell'accordo di volontà (*agreement*). Sia per il giurista di *civil law* che per il giurista di *common law* un contratto è « una promessa o una combinazione di promesse che il diritto tutela » (1). Si tratta di una somiglianza bensì fondamentale ma apparente, che nasconde una profonda discordanza sul *perché* il diritto debba tutelare accordi o promesse fatte tra individui o tra enti. Dalle loro divergenti risposte a questa domanda il sistema di *civil law* e quello di *common law* hanno sviluppato forme di tutela radicalmente opposte.

Obbligazione morale e aspettativa ragionevole.

I giuristi medioevali continentali — sotto l'influenza della Chiesa — analizzarono dal punto di vista della morale l'obbligazione di adempire le proprie promesse. In questa prospettiva emerge un conflitto, poiché — se l'adempimento di un dovere rinvia ad una regola morale — anche l'attuazione del diritto deve essere temperata dalla carità. Come sostenne St. Germain nel suo trattato *Doctor and Student*: « il rigoroso perseguimento di un diritto è somma ingiustizia; per così dire, se prenderai tutto quanto la legge ti dà, ti troverai talvolta ad agire contro la leg-

(1) F. POLLOCK, *Principles of Contract*, 13th ed. 1950, 1.

ge » (2). Il dilemma potrebbe risolversi a mezzo di un espediente processuale. Il diritto canonico medioevale tentò di conciliare il principio dell'obbligatorietà delle promesse fatte sotto giuramento, con il principio che le promesse usurarie non creano alcuna obbligazione, imponendo al promittente l'esecuzione della promessa e costringendo poi il promissario alla restituzione immediata di ciò che aveva ricevuto (3). Non sempre, tuttavia, un problema filosofico così fondamentale poteva essere risolto in base ad espedienti processuali.

Anche quando la diretta influenza del diritto canonico svanì, e le obbligazioni contrattuali divennero materia esclusiva del diritto statale, i giuristi dei secoli XVII e XVIII respinsero il concetto secondo cui il contratto dà luogo ad una obbligazione puramente civile, opposta a quella naturale (4). Tale orientamento, come appare nelle affermazioni dei grandi giuristi scozzesi, perdurò nel diciottesimo secolo. « Appare evidente », ebbe ad affermare Lord Bankton, « come il rispetto di patti e convenzioni, fondato sul dovere naturale della lealtà e della verità, derivi dalla legge di natura ... » (5). E John Erskine: « la ragione essenziale delle cose ci insegna ... ad attenerci rigorosamente ai nostri obblighi e impegni » (6). Anche in Inghilterra si arrivò quasi ad accettare il concetto di obbligazione naturale. Così, Lord Mansfield cercò di rifarsi al principio dell'*aequum et bonum* al fine di regolare la materia, oggi parzialmente sopravvissuta nella norma sull'arricchimento ingiustificato. « Il fondamento di questo genere di azioni consiste nel fatto che il convenuto, date le circostanze del caso, è obbligato alla restituzione da vincoli di giustizia naturale e di equità » (7). Tuttavia, i giuristi inglesi erano

(2) Cit. da C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 7th ed. 1964, p. 407. *Contra* il punto di vista di R. JHERING [*La lotta per il diritto* a cura di P. Piovani, tr. di R. Mariano, Bari 1960], secondo cui il titolare di un diritto deve lottare per la sua affermazione contro ogni violazione, dato che la rinuncia indebolisce il concetto stesso del diritto.

(3) L. L. FULLER, *The Morality of Law*, 1964, p. 66.

(4) P. STEIN, in *Jur. Rev.*, 1963, p. 1-13.

(5) A. McDOWALL, *An Institute of the Laws of Scotland* (1751) I. I. 32.

(6) *Institutes of the Law of Scotland*, 1773, I. I. 8.

(7) *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burrow 1005; 1 W. Bl. 219.

più riluttanti, di quanto non fossero i giuristi scozzesi dell'epoca, ad equiparare le obbligazioni naturali a quelle civili. Così il *Lord Chief Baron Skynner*:

« È indiscutibilmente vero che ciascun uomo è vincolato, per il diritto di natura, all'adempimento dei propri obblighi. È ugualmente vero che il diritto di questo paese non offre strumenti, né contempla rimedi, atti ad imporre l'esecuzione di un accordo concluso senza un valido 'equivalente' (*consideration*) » ⁽⁸⁾.

Questa analisi non era completamente nuova, persino ai giuristi continentali. I giuristi medioevali avevano sviluppato, sotto l'influenza germanica, l'idea della *causa debendi* come ragione che rendeva obbligatoria la prestazione promessa; nel secolo XVII si giunse a ritenere pacifico il fatto che le promesse fossero necessariamente vincolanti, perfino per la coscienza. Quale dovrebbe essere la risposta del diritto, per il caso di quella promessa definita da Pound come « astratta » o « moralmente nuda », non basata sullo scambio di una cosa e neppure di una promessa reciproca, cioè priva di un equivalente? ⁽⁹⁾. In realtà, la teoria dell'equivalente esercitò maggiore influenza sul pensiero anglo-americano piuttosto che sui concetti del *civil law* in materia di obbligazioni contrattuali: tali concetti infatti sono ancora orientati dalla teoria che attribuisce alle promesse una forza morale intrinseca. Influenza, del resto, rilevabile ancora oggi nelle moderne teorie giusnaturalistiche. Così, ad esempio, Fuller sostiene:

« È evidente che i doveri, sia morali che giuridici, possono sorgere da uno scambio; scambio di promesse, ad esempio, o scambio tra una promessa ed un comportamento. Esiste dunque una sfera entro cui sono presenti insieme il concetto di scambio e quello di obbligazione. D'altro canto ... per poter stabilire l'affinità tra scambio e obbligazione, occorre un terzo componente, un prin-

⁽⁸⁾ *Rann v. Hughes* (1778) 7 T.R. 350 n.

⁽⁹⁾ *Introduction to the Philosophy of Law*, revd. ed. 1954, p. 143 ss. [trad. it., cit., p. 222].

cipio mediatore. Esso consiste ... nel rapporto di reciprocità » (10).

Questa interpretazione della reciprocità è particolarmente adatta alle esigenze di una comunità commerciale, ed invero Fuller, nell'elaborare una teoria generale dei doveri, muovendo dall'esempio specifico dei rapporti contrattuali, giunge a ciò ch'egli definisce « la sorprendente, in qualche senso, conclusione che è solo all'interno del sistema capitalistico che il concetto di dovere, sia morale che giuridico, può raggiungere il suo pieno sviluppo » (11).

Le esigenze del commercio posero, di fatto, le basi sia della prassi che della filosofia del diritto relativo ai contratti nell'ambito del *common law*. Nei secoli XV e XVI, il commercio internazionale e quello interno vennero sempre più a dipendere dal credito. La comunità dei mercanti aveva il potere d'assicurare un certo grado di tutela ai propri interessi, esercitando la giurisdizione sul credito nei grandi mercati (12), ma pure si appoggiava alle corti ordinarie per ottenere l'esecuzione di promesse di pagamento di consegna o di scambio, oppure il risarcimento nel caso di inadempienza. Se non fosse per l'affidabilità di queste promesse il commercio ed i rapporti sociali ad esso legati si sarebbero estinti. Come ha osservato Goodhart, la base morale di un contratto viene a ridursi al fatto che: « il promittente ha creato con la sua promessa un'aspettativa ragionevole che essa verrà mantenuta » (13); e Lord Devlin ha ammesso che, nel valutare il punto di vista dei moralisti, secondo cui « l'uomo onesto dovrebbe tener

(10) *op. cit.*, p. 19 (p. 23: « Malgrado che la nozione di un obbligo volontariamente assunto sia già di per sé saldamente fondata sul senso della giustizia, tale fondamento risulta rafforzato quando ad esso si accompagni un criterio di equivalenza »).

(11) *op. cit.*, p. 24.

(12) R. EHRENBERG, *Capital and Finance in the Age of the Renaissance* (tr. LUCAS), 1928, p. 318 cita quanto riferisce un mercante fiorentino del XIV sec., Pergolotti, sugli usi praticati nel mercato di Champagne: « Chiunque venga meno ai propri impegni alle scadenze fissate deve esser considerato fallito. Perde interamente credito e non può più presentarsi al mercato ».

(13) *English Law and the Moral Law*, 1953, p. 101.

fede agli impegni ed agire in modo corretto », rispetto a quello dei pragmatici, secondo cui « per motivi di convenienza, l'individuo deve attenersi ai propri impegni, giacché, in caso contrario, le relazioni sociali non sarebbero possibili », il diritto inglese ha favorito il secondo ⁽¹⁴⁾.

In ogni modo, neppure l'orientamento del diritto dal punto di vista pragmatico, concernente l'esecuzione di aspettative ragionevoli, risolve tutte le difficoltà d'ordine filosofico. Resta infatti il problema se lo scopo principale del diritto debba essere quello di imporre l'esecuzione coattiva delle obbligazioni oppure semplicemente quello di assicurare che il promissario insoddisfatto sia risarcito per i danni subiti. Il *common law*, attento alla natura commerciale delle obbligazioni contrattuali e insistendo sull'idea che esse sono costituite da un insieme di promesse, è stato incline a favorire la seconda linea. Come fece rilevare il giudice Holmes:

« Nel caso di una promessa vincolante sotto condizione, ad esempio che domani poverà, l'effetto immediato per il promittente è che egli si assume, nei confronti del promissario, il rischio dell'evento, entro certi limiti stabiliti ... Se fosse corretto, in tal modo, definire il significato — secondo il *common law* — di promessa e contratto, si avrebbe il vantaggio di liberare la materia dalla teoria superflua che vede nel contratto, in quanto soggezione qualificata della volontà di una parte nei confronti di un'altra, una sorta di schiavitù limitata. Il contratto potrebbe definirsi in questo modo se il diritto obbligasse l'individuo ad eseguire le obbligazioni assunte contrattualmente, o se permettesse ai promissari di ottenerne coattivamente l'esecuzione » ⁽¹⁵⁾.

Da un punto di vista generale, la validità dell'analisi di Holmes è ovvia. Nell'esempio da lui illustrato è facile ravvisare la creazione di un obbligo soggetto alla condizione sospensiva che non poverà; se non piovesse, non si direbbe che il contraente

⁽¹⁴⁾ *The Enforcement of Morals*, 1965, p. 43-4.

⁽¹⁵⁾ *The Common Law*, 1881, p. 300.

non abbia « adempiuto » la promessa. L'analisi diviene meno ovvia quando la promessa consiste nel fare o nell'astenersi dal fare una certa cosa, ossia nel creare una situazione che è in potere del promittente. In circostanze simili, il *common law*, che come ultima ipotesi potrebbe anche accordare il risarcimento dei danni, resta più incline a considerare il promittente come obbligato a tener fede alla promessa fatta. Così, il diritto non darà esecuzione ad un contratto vietato da norme penali, sul presupposto che sarebbe intollerabile che un giudice accordasse tutela ad un atto, sanzionato penalmente da altro giudice ⁽¹⁶⁾. Questa regola è valida anche quando il promittente, che in tal modo si libera dalle obbligazioni, è responsabile della violazione della legge penale, sicché ne risulta un'ingiustizia. Nonostante tutto, le difficoltà concettuali potrebbero essere evitate agevolmente se si adottasse un'analisi che considerasse il promittente come colui che assume meramente il rischio dell'inadempimento, e non è « obbligato » in alcun senso giuridico alla prestazione. Il fatto che il *common law* non abbia adottato una linea d'interpretazione di questo tipo dimostra che l'asserzione di Holmes non ha avuto una generale accettazione.

D'altro lato né i sistemi di *civil law*, né quelli fondati sull'equità, i quali prendono le mosse dalla natura morale dell'obbligazione di tener fede alle promesse, portano tale premessa fino alla sua logica conclusione, imponendo l'esecuzione in forma specifica. Le corti inglesi di *equity* dichiarano di « vincolare le coscienze umane — nella misura in cui ciò è possibile — ad una corretta e specifica esecuzione degli accordi contrattuali » ⁽¹⁷⁾. In pratica, tuttavia, il risarcimento per il mancato adempimento sembra essere divenuto regola generale, tranne quando la natura particolare del contratto — come nel caso, ad esempio, della vendita di un determinato lotto di terreno o di un determinato

⁽¹⁶⁾ *Mahmoud v. Ispahani* [1921] 2 K.B. 716. Cfr. l'analisi alternativa di GLANVILLE WILLIAMS (in 8 *Cambridge L. J.*, 1942, p. 51 e 65 ss.), secondo cui anche nel caso di doveri fondamentali confliggenti non v'è alcuna ragione per esonerare da responsabilità il promittente che assuma su di sé l'onere dell'adempimento di tali doveri.

⁽¹⁷⁾ *Per* Lord St Leonards in *Lumley v. Wagner*, 1 De G. M. & G. 604 at 619.

oggetto di antiquariato — renda più appropriata l'esecuzione in forma specifica. Perfino nel contratto di lavoro l'*equity* esclude l'esecuzione specifica, proprio sulla base del fatto che la possibilità, per i datori di lavoro, di obbligare i dipendenti ad una continuità di prestazioni, « trasformerebbe i contratti di lavoro in contratti di schiavitù » (18).

In netto contrasto con questo orientamento è la ribadita insistenza del diritto sovietico sull'esecuzione specifica, perché questo diritto è interessato, molto più di quanto non sia il diritto occidentale, a sostenere il ritmo dell'economia e a regolare la produzione dei beni tra le varie imprese di Stato (19). L'inadempimento contrattuale è, per conseguenza, stigmatizzato in quanto « colpa », e viene a fissarsi come segno di demerito a carico dell'azienda responsabile, nel complesso quadro del calcolo dei costi di produzione mediante cui può esser valutata l'efficienza di ogni singola impresa. Così, scopo del diritto viene ad essere quello di assicurare gli adempimenti a mezzo dell'imposizione di rigide sanzioni giuridiche.

Nei casi in cui il giudice cerchi di rendere effettive le aspettative ragionevoli di una delle parti, sia accordando ad esse un risarcimento, sia con l'esecuzione specifica del contratto, la tradizione utilitaristica del diritto anglo-americano è ben più rigorosa di quanto non siano le tradizioni — più moralistiche — del diritto continentale. Ciò è ben illustrato dall'esempio di una decisione della Camera dei Lords, riguardante il proprietario di un'autorimessa, il quale, avendo richiesto l'esposizione di alcuni annunci pubblicitari ad una agenzia per un determinato arco di tempo, si vide costretto a pagare l'esatto prezzo pattuito malgrado avesse — quasi immediatamente dopo la richiesta — notificato la sua decisione di rinunciare a tale servizio. « Il fatto che i diritti contrattuali possano esercitarsi solo entro limiti di ragio-

(18) Per Fry L.J. in *De Francesco v. Barnum* (1890) 45 Ch. D. 430 at 438. Per un tentativo di aggirare il problema attraverso l'introduzione di un concetto del rapporto di lavoro costruito piuttosto dal punto di vista dei diritti assoluti che non di quelli di credito, cfr. *ante*, p. 313.

(19) E. L. JOHNSON, *No liability without Fault - The Soviet View*, in *20 Current Legal Problems*, 1967, p. 165.

nevolezza », ebbe a dire Lord Reid, « e il fatto che i giudici non debbano secondare le domande intese a chiederne l'esecuzione in maniera irragionevole potrebbero forse, un giorno, divenire legge; a tutt'oggi, comunque, non lo sono »⁽²⁰⁾. Sia in Inghilterra sia in Scozia, l'attore ha diritto di esigere il pagamento dei debiti fino all'ultimo centesimo. « Può ascrivere a sfortuna », ammise Lord Hodson, « il fatto che una parte si sia vincolata con un contratto indesiderato — causando a se stessa un'evidente perdita di tempo e di denaro — ... non soccorre però in tali casi alcun principio equitativo. Sarebbe una banalità ricordare che l'equità non riscriverebbe un contratto imprudente, quando non c'è incapacità in una delle parti »⁽²¹⁾. L'esecuzione del contratto resta, pertanto, strettamente correlata alle esigenze dell'uomo d'affari e non del moralista. Nel caso in specie, l'agenzia pubblicitaria avrebbe potuto assumere del personale o avere acquistato delle attrezzature, nella prospettiva dell'adempimento del contratto; per questo i giudici non permisero che le sue aspettative fossero deluse.

L'attore ha diritto né più né meno a quanto è stato oggetto di contrattazione; esistono dei tipi di perdite ben definiti, per i quali è previsto l'obbligo di risarcimento. Secondo il parere espresso da Lord Atkinson — in occasione del caso *Addis v. Gramophone Co. Ltd.* — qualsiasi estensione radicale delle categorie esistenti « creerebbe confusione nel mondo commerciale e, d'altro canto, la loro applicazione solo parziale — limitata a casi particolari — porterebbe a delle anomalie, talvolta concretandosi in ingiustizia e facendo apparire il diritto come « scienza senza legge » ancora più di quanto non si dica ». Sarebbe forse giusto che un uomo che agisca per inadempimento contrattuale debba subire una riduzione del risarcimento dovutogli, a causa del suo essere « duro, avido e impietoso », oppure solo perché « il debitore ha fatto di tutto per pagare, non vi è riuscito per sventura, ed è stato garbato, benevolo e contrito nel rifiuto? »⁽²²⁾. Per il giurista di *common law*, la risposta al quesito sarebbe un categorico « no »:

⁽²⁰⁾ *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, 1962 S.C. (H.L.) 1 at 14; [1962] A.C. 413 at 430.

⁽²¹⁾ 1962 S.C. (H.L.) at 27; [1962] A.C. at 445.

⁽²²⁾ Per Lord Atkinson [1909] A.C. 488 at 495-6.

espressione di un indirizzo in stridente contrasto con quello dei sistemi di *civil law*, i quali pongono l'accento sul fatto che il contenuto delle obbligazioni contrattuali debba essere accertato secondo il principio di buona fede. L'art. 242 del Codice civile tedesco, ad esempio, è stato frequentemente applicato dai giudici tedeschi al fine di modificare le clausole di un contratto.

Tuttavia, la dottrina dell'utilità sociale ha in sé dei pericoli. Mentre un concetto moralistico di contratto induce i giudici a non dare esecuzione ad accordi imprudenti, un orientamento invece favorevole agli interessi commerciali, per la sicurezza dei rapporti di credito, è di gran lunga più interessato alla certezza e garante di una rigorosa — seppur spesso ingiusta — esecuzione delle obbligazioni. In effetti, si dà alle parti facoltà di far legge per se stesse. I giudici vincolano le parti strettamente alla legge che si sono date, forse anche più rigidamente di quanto avverrebbe nel caso di leggi positive. In una famosa decisione, *Paradine v. Jane* ⁽²³⁾, fu sostenuto che, quando il *diritto* crea doveri o oneri e una parte, senza sua colpa, non può adempierli, essa ne viene liberata — secondo il diritto. Quando invece fosse la parte a formularli e fissarli, mediante un contratto, la stessa è tenuta ad eseguirli anche nel caso sorgano impedimenti dovuti ad incidenti o ad altre cause che sfuggono al suo controllo.

Le obbligazioni poste in essere dalle parti di un contratto sono considerate come create per mezzo di regole dinamiche, cioè opposte alle norme giuridiche, per loro natura statiche, le quali impongono obbligazioni non modificabili dalle parti. Esse sono indispensabili, a parere di Hart, nell'ambito di qualsiasi società progredita giacché, « laddove non vi è un altruismo illimitato, si rendono necessarie stabili procedure che disciplinino l'autonomia privata al fine di creare una minima forma di fiducia nel comportamento futuro degli altri, e di assicurare la prevedibilità necessaria alla cooperazione » ⁽²⁴⁾. È di questi due concetti nodali — di prevedibilità e di cooperazione — che dobbiamo ora occuparci.

⁽²³⁾ (1647) Aleyne 26.

⁽²⁴⁾ *The Concept of Law*, 1961, p. 193 [trad. it., *cit.*, p. 229]. Cfr. altresì H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, 1967, p. 195 ss. [Per la trad. it. di H. Kelsen cfr. *La dottrina pura del diritto* (tr. R. Treves), Torino 1952].

Prevedibilità e cooperazione.

Si è già detto dell'esigenza di regole certe, seppure talvolta rigide, che assicurino la stabilità sociale della proprietà, e il contratto nella sua più semplice forma è stato considerato come un modo d'acquisto della proprietà mediante l'esecuzione coattiva della promessa di trasferimento. Come fece rilevare Maine: «È fuori discussione che l'umanità non ha mai mostrato il minimo desiderio che le proprie istituzioni civili fossero migliorate, se non da quando esse assunsero per la prima volta forma definita attraverso la scrittura»⁽²⁵⁾. Ciò non significa che il diritto in materia di contratti è fossilizzato in pura forma, ma che esso è restio ad abbandonare formulazioni consolidate, anche quando si trovi di fronte a situazioni economiche totalmente nuove, rispetto alle quali quelle formulazioni possono non essere adeguate, ovvero quando la loro inadeguatezza in un contesto commerciale è universalmente riconosciuta.

Al riguardo, un esempio offerto dal diritto inglese è il concetto di offerta e di accettazione come formatosi per il caso di acquisti in un negozio⁽²⁶⁾. L'esposizione o la pubblicità della merce veniva ritenuta un mero invito a trattare; l'offerta vera e propria veniva nel momento in cui l'acquirente richiedeva la merce, pertanto il perfezionamento del contratto giuridicamente vincolante veniva ad essere differito fino a che il proprietario del negozio non si fosse determinato ad accettare l'offerta. Nel quadro economico del XIX secolo una posizione siffatta, per quanto discutibile, poté trovare giustificazione da un punto di vista commerciale. Ciò sulla base di motivazioni quali quella secondo cui un negoziante potrebbe — altrimenti — essere obbligato a vendere la propria merce a tutti i clienti che «accettassero» la sua «offerta» effettuata a mezzo dell'esposizione, anche se le sue scorte fossero limitate o se egli avesse, comunque, altre ragioni per non desiderare di vendere. Meno facile fu com-

⁽²⁵⁾ *Ancient Law*, chapter 11 (World's Classics ed., p. 18-19).

⁽²⁶⁾ *Grainger and Son v. Gough* [1896] A.C. 325, per Lord Herschell at 333.

prendere l'applicazione di queste stesse regole al caso degli acquisti fatti in un supermercato ⁽²⁷⁾.

Le categorie contrattuali sono state frequentemente estese al diritto penale ⁽²⁸⁾, spesso accompagnate da espressioni di rincrescimento da parte dei giudici, sul fatto che « i vincoli di precedenti decisioni » (si deve però aggiungere più fittizi che reali), impedissero un approccio ragionevole, in grado di attuare le intenzioni del legislatore. Eccezione clamorosa a tanta riluttanza ad articolare vecchi concetti su contesti nuovi è quella di Lord Denning. Trovandosi ad affrontare il problema di dover stabilire quale fosse il momento in cui un contratto di parcheggio in un garage automatizzato dovesse considerarsi concluso, egli rifiutò, categoricamente e con sdegno, di applicare, trasponendole, le norme nate nel XIX secolo in relazione ai biglietti ferroviari. Un dispositivo automatico, secondo la sua opinione, non è un addetto alle prenotazioni ferroviarie, travestitosi per l'occasione, cui un cliente insoddisfatto possa fare le proprie rimostranze, ad esempio, per aver letto delle pesanti clausole di esonero da ogni responsabilità sul retro del biglietto. « Il cliente può protestare contro la macchinam maledirla, perfino; essa resterà, comunque, impassibile, ... il cliente dal suo canto vincola se stesso nel preciso istante in cui pone il proprio denaro dentro la macchina » ⁽²⁹⁾. In termini realisticamente *commerciali* il contratto, a quel punto, è concluso. « Esso può esser tradotto in termini di offerta e accettazione », dichiarò Lord Denning, e agì in quel senso, ricercando così un adattamento dello schema contrattuale che fosse — a suo giudizio — meglio rispondente, sul piano commerciale, alla nuova situazione.

Uguale riluttanza — di tipo conservatore — ad abbandonare un concetto anche nel caso che le sue conseguenze negative siano note, è rilevabile nel principio inglese della *privity of contract*. Esso è stato fatto oggetto di critica sin dal momento in cui

⁽²⁷⁾ *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd.* [1953] 1 Q.B. 401.

⁽²⁸⁾ E.g. *Fisher v. Bell* [1961] 1 Q.B. 394; *Partridge v. Crittenden* [1968] 1 W.L.R. 1204; *British Car Auctions v. Wright* [1972] 3 All E.R. 462.

⁽²⁹⁾ *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* [1971] 2 Q.B. 163 at 169.

Lord Dunedin, in occasione del caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge* ebbe a rilevare: « ... per quel che mi sembra, questo caso presenta tutte le caratteristiche per soffocare, una volta per tutte, ogni tributo di rispetto che può essersi avuto per la dottrina della *consideration* » (30). Nel 1937 il *Law Revision Committee* unì la propria voce alle ricorrenti critiche e raccomandò caldamente che, nell'eventualità di un contratto concluso al fine di conferire un vantaggio ad un terzo, questi avesse il diritto di ottenerne la esecuzione in proprio nome. Al riguardo, Lord Denning ha recentemente ribadito, con insistenza, che la legge deve intendersi proprio in tal senso, ottenendo, per tutta risposta, una secca smentita dalla Camera dei Lords. Tuttavia, Lord Reid sentì l'esigenza di mettere sull'avviso il legislatore: « qualora dovessero esserci ulteriori, protratti, temporeggiamenti in sede parlamentare, questa Camera potrebbe sentirsi costretta a prendere in considerazione l'intera materia » (31). Frattanto, la normativa che attiene alle obbligazioni è venuta discostandosi ancor più dalle reali esigenze del mondo degli affari come è accaduto ad esempio, per le lettere di credito bancarie (32) o per l'accordo tra il Governo e il *Motor Insurers' Bureau* riguardante i risarcimenti alle vittime d'incidenti imputabili ad automobilisti che abbiano eluso l'obbligo dell'assicurazione. I giudici, vincolati in base ai precedenti dalla dottrina della *privity*, si sono finora limitati ad auspicare che tali questioni non abbiano a sorgere (33).

(30) [1915] A.C. 847 at 855. Il diritto romano classico, come il diritto inglese, aderiva alla dottrina della *privity*. Ma la maggior parte dei sistemi di *civil law* ammette i contratti a favore di terzi, senza neppure richiedere una stipulazione per cui sia espressamente pattuito che dal contratto derivi un diritto per il terzo, ove dalle circostanze del caso appaia che le parti abbiano così inteso; cfr., ad es. l'art. 1121 del *Code Civil*, l'art. 328 del B.G.B. Il diritto scozzese, sebbene più cautamente, pure ammette uno *ius quaesitum tertio*. Cfr. W. M. GLOAG - R. C. HENDERSON, *Introduction to the Law of Scotland*, 7^a ed. 1968, p. 95 ss.

(31) *Beswick v. Beswick* [1968] A.C. 58 at 72.

(32) Cf. *Malas v. British Imex Industries Ltd.* [1958] 2 Q.B. 127 at 129. I giudici statunitensi si sono nettamente allontanati dalla disciplina inglese a partire dal caso *Lawrence v. Fox* (1859) 20 N.Y. 268.

(33) *Hardy v. M.I.B.* [1964] 2 Q.B. 745 at 757. Sarebbe lasciato alla discrezione dei giudici considerare tali espedienti come obbligazioni *sui generis*, a cui non si applicano le norme generali.

Com'è evidente, il diritto paga in tale misura il distacco dalla realtà, da giungere ad essere deliberatamente ignorato.

La casistica di *common law* dimostra che, fino a tanto che il diritto ha corrisposto alle esigenze della comunità commerciale, a cui si ritiene siano dirette le norme contrattuali, tale corrispondenza è stata caratterizzata da un desiderio di continuità. Ciò è illustrato in un'osservazione di Lord Devlin: « È vero che — come ebbe a dire il *Lord Justice Diplock* — il *common law* si evolve non solo assimilando principi nuovi, ma anche seppellendo, se giunti al limite di crescita estremo, i loro progenitori. È pur vero che l'opportunità di una dignitosa sepoltura dev'essere osservata, e noi dobbiamo essere attenti — se vogliamo conservare la continuità del *common law* — a non ordinare l'esecuzione sommaria di progenitori ancora vivi e vitali » (34). Conflitti del genere si traducono frequentemente in mancanza di coerenza o di giustizia.

L'argomento in favore della prevedibilità nell'ambito del diritto relativo ai contratti è, naturalmente, molto valido, soprattutto quando le parti contraenti siano costituite da organizzazioni commerciali che si trovino a negoziare liberamente in ordine alle prospettive di rischio, e che, sulla base di pareri legali, investano le proprie risorse, contraggano polizze assicurative e, in senso lato, gestiscano i propri affari (35). Come ha tenuto a sottolineare Lawson: « vi sono parti del diritto che sono essenzialmente orientative per il futuro nel senso che hanno lo scopo di indicare all'individuo come agire o non agire, ed hanno altresì lo scopo di garantirgli — nella maniera più certa possibile — quali saranno gli effetti conseguenti a determinati tipi di comportamento » (36). L'individuo interessato troverà conferma alle proprie previsioni, non solo per il conservatorismo istintivo dei giuristi, ma anche

(34) *The treatment of breach of contract*, [1966] in *Cambridge L. J.*, p. 192-200; cfr. [1962] 2 Q.B. 26 a p. 71.

(35) « Eccetto che per i contratti più importanti, gli operatori economici, probabilmente, fanno molto meno affidamento di quanto non ritengano i giuristi sulle prevedibili conseguenze in diritto dei loro comportamenti ». Cfr. S. MA-CAULAY, *Non-Contractual Relations in Business*, in *Sociology of Law* (ed. V. Aubert), 1969, p. 194 ss.

(36) *The Rational Strength of English Law*, 1951, 68.

attraverso l'obiettività delle regole applicate ⁽³⁷⁾, e attraverso la riluttanza dei giudici ad annullare un accordo viziato, specialmente quando è probabile che terzi vi abbiano fatto affidamento ⁽³⁸⁾.

Non sempre, tuttavia, considerazioni del genere sono pertinenti; così Lawson:

« Esistono, d'altro canto, parti del diritto che hanno funzione essenzialmente retrospettiva, nel senso che hanno lo scopo di chiarificare eventuali situazioni confuse ... qualcosa ha preso una direzione sbagliata in questi casi, ed i giudici si troveranno dinanzi al problema di come porre rimedio ai rapporti tra le parti » ⁽³⁹⁾.

Tuttavia anche qui, quando eventi successivi si siano rivelati radicalmente diversi da quelli che le parti avevano previsto al momento della conclusione del contratto, i giudici sono apparsi restii a liberare le parti dalle obbligazioni assunte. Lord Denning, nella decisione *British Movietonews*, rilevò: « Non crediamo più che una parte sia dotata delle facoltà di preveggenza di un profeta, né che il suo avvocato abbia la capacità di redigere un testo contrattuale che non dia adito a nessuna contestazione tra le parti » ⁽⁴⁰⁾. Tale affermazione fu fermamente respinta dalla Camera dei Lords; così il valore della certezza ha continuato a prevalere. « I diritti non dovrebbero esser lasciati in sospeso o essere agganciati all'incertezza degli effetti futuri » ⁽⁴¹⁾. Le parti

⁽³⁷⁾ E.g. *Rose v. Pim* [1953] 2 Q.B. 450 a p. 462 per Denning L.J.: « Nei contratti di natura commerciale non potrebbe esservi alcuna certezza, se una parte che ha stipulato un contratto contenente rigide clausole avesse la possibilità in seguito di aggirarle, pretendendone la rettifica sulla base del fatto che la volontà delle parti era stata differente ».

⁽³⁸⁾ Nel caso *Gallie v. Lee* [1971] A.C. 1004 a p. 1015, Lord Reid definì il principio del *non est factum* entro limiti ristretti, per non « scuotere la fiducia di coloro i quali abitualmente e in buona fede fanno affidamento su atti scritti, ove non ricorra alcuna evidente ragione per dubitare della loro validità ».

⁽³⁹⁾ LAWSON, *loc. cit.*

⁽⁴⁰⁾ [1951] 1 K.B. 190 a p. 202.

⁽⁴¹⁾ Per Lord Sumner in *Bank Line Ltd. v. Capel & Co.* [1919] A.C. 435 a p. 454.

possono essere liberate dalle obbligazioni contrattualmente assunte solo quando la loro *comune* intenzione sia vanificata ⁽⁴²⁾.

Questo ci porta al secondo elemento essenziale, di cui parla Hart, a proposito del processo di formazione delle norme dinamiche: ossia la cooperazione ⁽⁴³⁾. La delega a singoli cittadini del potere di porre in essere diritti e obblighi mediante contratti che saranno poi tutelati dal diritto è associata al presupposto che, costoro, condividano e perseguano uno scopo comune. Tale presupposto è derivato, in larga misura, dalle finzioni impiegate al fine di giustificare e rendere moralmente rispettabile il principio economico del *laissez-faire*. Il Rogers, curatore, nel XIX secolo, delle opere di Adam Smith, sostenne che « in qualsiasi contratto consensuale, i contraenti guadagnano entrambi. Per lungo tempo, tuttavia, l'opinione pubblica è rimasta dell'idea che al guadagno dell'una corrisponda la perdita dell'altra. Purtroppo, il legislatore ha proceduto sulla falsariga di questa opinione errata e, per conseguenza, ha concentrato i propri interventi su restrizioni, proibizioni, risarcimenti e simili » ⁽⁴⁴⁾. Se, d'altro canto, ci si libera dal timore che — attraverso un simile processo di formazione delle norme — una parte venga ad essere assoggettata con proprio svantaggio all'altra, sarà più facile convincersi a lasciare che essa si svolga senza impedimenti. Il concetto di uno scopo comune volto ad un reciproco vantaggio, che va come tale rispettato, è stato rafforzato dalla preoccupazione del *common law* riguardo all'obiettività del contratto in quanto strumento di consolidamento della sicurezza dei commerci. Tale concetto è stato tacitamente accolto sin dal XVIII secolo, quando Lord Mansfield fece riferimento allo « scopo del negozio » ⁽⁴⁵⁾. Resta, comunque, un concetto difficile da far coincidere con la realtà dei rapporti commerciali. Ad esempio, quando un'impresa di costruzioni si accorda con le autorità comunali per la creazione di complessi residenziali ad un prezzo definito può dirsi, in certo senso, che

⁽⁴²⁾ E.g. *Tsakiroglou and Co. Ltd. v. Noble Thorl* [1962] A.C. 93.

⁽⁴³⁾ J. F. BURROWS, *Contractual Co-operation and the Implied Term*, in 31 *M.L.R.*, 1968, p. 390.

⁽⁴⁴⁾ *The Wealth of Nations*, Lib. I, cap. II (Rogers, ed, 1869, I. 15 n. 1).

⁽⁴⁵⁾ *Kingston v. Preston* (1773), 2 Douglas 689.

esista un intento comune ⁽⁴⁶⁾; la situazione, tuttavia, nasconde un'insieme d'interessi di varia natura: da un lato quello di ricavarne un profitto, dall'altro quello di fornire alloggi popolari al minor costo possibile. Qualora eventuali aumenti di prezzi e ritardi dovuti a scarsità di manodopera e di materiale determinassero una grave perdita all'impresa edile, i cosiddetti scopi comuni si rivelerebbero mere finzioni. La difficoltà di accertare, nel campo commerciale e degli affari in genere, l'intento o scopo comune delle parti fu sottovalutata da Lord Wilberforce quando osservò che le parti « possono perseguire quell'intento con accentuazioni differenti, e sperare di conseguirlo in misure forse anche diverse, e per vie non coincidenti. Le parole impiegate nel contratto possono rappresentare, e di fatto spesso rappresentano, una formula che racchiude connotazioni diverse per ciascuna delle due parti; possono tuttavia esser accettate, come l'unico mezzo per raggiungere l'« accordo », e nella speranza che non sorgano controversie » ⁽⁴⁷⁾.

In nessun altro campo ciò è altrettanto vero quanto nella sfera delle relazioni industriali. Probabilmente, proprio a motivo di un tacito riconoscimento di tale verità, il *common law* ha tradizionalmente escluso gli accordi collettivi di lavoro dalla sfera di applicazione del diritto contrattuale, presumendo l'assenza di una volontà delle parti a vincolarsi giuridicamente ⁽⁴⁸⁾. Il punto è stato sollevato in maniera incisiva da Kahn-Freund:

« Qualsiasi approccio alle relazioni fra imprenditori e lavoratori è infruttuoso a meno che la divergenza tra i rispettivi interessi venga chiaramente individuata e articolata ... Deve sempre esservi una parte che cerca di accrescere la quota riservata ai consumi e una parte che cerca di accrescere quella attribuita agli investimenti. La

⁽⁴⁶⁾ *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* [1956] A.C. 696.

⁽⁴⁷⁾ *Prenn v. Simmonds* [1971] 3 All E.R. 237 a p. 241.

⁽⁴⁸⁾ E.g. *Ford Motor Co. Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering and Foundry Workers* [1969] 2 Q.B. 303. In contrasto, i sistemi di *civil law*, aderenti alle nozioni di buona fede contrattuale, hanno riscontrato poche difficoltà nell'ammettere contratti collettivi (nei quali sia stata incorporata la clausola di pace sindacale a valere come causa degli stessi), cfr. *Industrial Conflict: a comparative legal survey* (ed. B. AARON - K. W. WEDDERBURN), 1972.

distribuzione del prodotto sociale tra consumi e investimenti può essere determinata solo attraverso un dialogo costante e mai concluso tra le forze, e non importa se ciò debba accadere al tavolo delle trattative contrattuali, in Parlamento, o nei luoghi riposti (più o meno segreti) degli uffici governativi. Il dialogo può dar luogo ad ogni sorta di conseguenze: ad un cumulo enorme e disordinato di accordi difficilmente comprensibili da chiunque non abbia familiarità con le arcane cose dei sindacati e dell'industria; a frammenti legislativi di politica salariale (e dei redditi) o ad un ben ordinato programma economico nazionale » (49).

Ciononostante, nel 1971, con *L'Industrial Relations Act* (50) [ora abrogato], i giudici inglesi furono chiamati ad applicare i principi contrattuali proprio sul terreno dei conflitti di interessi implicati dai contratti collettivi; da quel momento in poi la falsa concezione di uno scopo comune tra le parti influenzò anche l'approccio dei giudici in materia di contratti di lavoro individuali. Difatti, in occasione del caso *Secretary of State for Employment v. A.S.L.E.F.* (N. 2), del 1972, il giudice Buckley, considerando la legalità di una direttiva data dal sindacato ai propri iscritti, per l'effettuazione di uno sciopero bianco, basò le proprie argomentazioni sul fatto che:

« ... i contratti di lavoro stipulati tra l'Amministrazione delle Ferrovie e le sue maestranze vengono conclusi come parte dell'attività commerciale dell'amministrazione. Contratti siffatti hanno fini commerciali, e si basano su considerazioni di natura commerciale ... A mio giudizio, in caso di contratti a carattere commerciale, l'iniziativa di una delle parti che, pur senza discostarsi dal contenuto letterale dell'accordo, di fatto però vanifica l'intento com-

(49) *Labour and the Law*, 1972, p. 18-19 [trad. it. *Il lavoro e la legge*, trad. e pres. di G. Zangari, Milano 1974, p. 27, 28].

(50) Cfr. l'art. 34, secondo cui, in assenza di normativa contraria, vi è la presunzione che un contratto collettivo debba essere inteso dalle parti come un contratto di cui può esigersi l'esecuzione. [Il *Trade Unions and Labour Relations Act*, del 1974 annullò l'*Act* del 1971 e (nell'art. 18) rovesciò la presunzione. N.d.T.].

merciale delle parti esistente al momento della conclusione del contratto, costituisce una violazione di una clausola implicita nel contratto stesso: quella cioè di osservarlo in maniera tale, da non vanificarne lo scopo commerciale » ⁽⁵¹⁾.

Così, la verità di per sé evidente che uno sciopero bianco è contrario allo scopo commerciale di una delle parti diventa la finzione che esso sia contrario ad uno scopo comune, in realtà inesistente.

Non è senza riserve che il *common law* ha accettato la finzione secondo cui le contrattazioni commerciali esprimono, sempre, uno scopo comune perseguito al fine di acquisire vantaggi comuni. Il dovere di cooperazione nell'adempimento delle prestazioni contrattuali ha una portata molto ristretta. Il vero spirito del diritto inglese in materia contrattuale emerge vividamente dal caso *Dare v. Bognor U.D.C.* ⁽⁵²⁾. Il convenuto (un consiglio municipale — che si era formalmente impegnato a dare in locazione alcune sedie a sdraio all'attore — il quale intendeva subaffittarle, a pagamento, disponendole attorno ad una tribuna per orchestra) non fu ritenuto responsabile di inadempimento per avere egli stesso messo a disposizione — gratuitamente — altre sedie a sdraio, favorendo con quell'atto la propria reputazione di generosità a danno dell'attore. Secondo i giudici, le autorità comunali non erano inadempienti rispetto al contratto concluso: e, benché conoscessero le intenzioni dell'attore, non erano tuttavia tenute in alcun modo a cooperare con lui. Questa spegiudicatezza del diritto contrattuale inglese è in piena armonia con le sue radici mercantili. Per il diritto inglese, qualunque contraente è un uomo d'affari per il quale concludere contratti è cosa di tutti i giorni; si dà per scontato che egli sia in grado di badare ai propri interessi e quindi di concludere contratti nei modi che ritiene più appropriati al proprio interesse. Al contrario, nel diritto francese, il contraente è visto come un contadino sprovveduto, poco esperto di affari e quindi in costante bisogno di tutela

⁽⁵¹⁾ [1972] 2 Q.B. 455 a p. 498; (corsivo aggiunto).

⁽⁵²⁾ [1912] 28 T.L.R. 489.

nei confronti di situazioni impreviste (53). La finzione inglese era ritenuta accettabile anche sotto il profilo morale all'epoca della filosofia individualistica; un'epoca in cui ciascun individuo aveva il dovere di prender cura dei propri interessi, e non esisteva « alcun paternalismo o maternalismo giuridico che potesse salvarlo da se stesso » (54).

Una volta che la finzione dello scopo e degli interessi comuni è messa a nudo, l'intangibilità del potere discrezionale delle parti di far legge da sé, implicito nei concetti tradizionali di libertà contrattuale, appare tollerabile solo se accompagnata dall'addizionale finzione in base a cui « teoricamente non esiste, tra i nostri concittadini, una classe inferiore ». In molti casi, invero, tale assunto si è rivelato manifestamente falso; il diritto è stato costretto ad un riesame dei fondamentali presupposti filosofici che costituivano la base delle norme in materia contrattuale. Tuttavia, permane una certa riluttanza ad abbandonare del tutto quelle norme, utili ai rapporti commerciali, laddove vi sia un'effettiva eguaglianza di potere contrattuale fra le parti. Per quali vie il diritto è giunto a preservare le regole generali, mitigando al tempo stesso il loro rigore per i casi di ingiustizia?

Rimedi contro l'ingiustizia.

Un espediente, di cui il diritto si è avvalso per svariati secoli è quello del ricorso a rimedi equitativi sia per controbilanciare particolari clausole contrattuali come, ad esempio, quella che

(53) Il contrasto appare evidente in *Jacobs v. Crédit Lyonnais* (1884) 12 Q.B.D. 589. La spiegazione normalmente data del valore vincolante degli obblighi contrattuali fa richiamo ad un insieme di regole sociali preesistenti, le quali conferiscono il potere di porre in essere dichiarazioni di volontà che fanno sorgere obblighi vincolanti. D. N. MacCormick ha affermato che le promesse sono dichiarazioni fatte sul presupposto noto al promittente che il promissario vi faccia affidamento; esse sono, pertanto, vincolanti in forza di un principio generale per cui non può venire disattesa la fiducia che è stata consapevolmente indotta in altri (cfr. *Aristotelian Soc.*, Supp. Vol. XLVI, 1972, 59 ss.; cfr. J. RAZ, *ibid.*, p. 79 ss.). Questa spiegazione, tuttavia, sembra essere valida soltanto nell'ambito dei sistemi del *common law* per quanto si riferisce alla materia dei contratti.

(54) R. POUND, *The End of Law*, in 27 *Harvard L. R.*, 1914, 195 a p. 212.

prevede il pagamento di una penale ritenuta vessatoria ⁽⁵⁵⁾, sia nel caso di contratti in cui la posizione di debolezza di una delle parti in rapporto all'altra è, di per sé, sufficiente a creare una presunzione di indebita influenza (*undue influence*). È forse inevitabile che le categorie di rapporti create dall'*Equity*, come i rapporti tra genitori e figli, sacerdote e penitente, amministratore fiduciario (*trustee*) e beneficiario, ed altri, integrati da provvedimenti legislativi quali il *Mental Health Act*, del 1959 (sez. 103), finissero per risolversi in norme cristallizzate. La presunzione di *undue influence* è andata assumendo un'inutile rigidità. Si è parlato da parte di J. H. Baker, di « *rigor aequitatis* » ⁽⁵⁶⁾. Il giudice Stamp, trovandosi a dover giudicare circa una donazione fatta da un infermo di mente all'ospedale, così concluse: « ... a mio parere, i giudici non dovrebbero tener conto dell'accertato desiderio del paziente di fare la donazione; a meno che non sia provato in modo soddisfacente che la sua volontà è spontanea e non determinata da alcuna specie di influenza giuridicamente rilevante. Non vi è prova, né potrebbe esservene alcuna di questo genere, in un caso in cui il paziente si trova nelle particolari condizioni del caso in specie » ⁽⁵⁷⁾.

D'altro canto, uno sviluppo dei rimedi equitativi al di fuori di categorie formali può creare incertezza. L'impiego di recente effettuato da Lord Denning del concetto di « *fairness* » (buona fede) per i casi di errore ⁽⁵⁸⁾ oppure di ciò che debba considerarsi « secondo equità » in relazione al principio del *promissory estoppel* ⁽⁵⁹⁾, ha messo il diritto in una posizione estremamente labile ed imprevedibile. In relazione al concetto di *fairness*, il principio ipotizzabile è che un contratto concluso per errore non debba essere eseguito in maniera contraria al dovere di *fairness*, per cui ne deriva un principio che sarà prevedibilmente applicato a tutti i

⁽⁵⁵⁾ *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage Ltd.* [1915] A.C. 79.

⁽⁵⁶⁾ *Introduction to English Legal History*, 1971, p. 45.

⁽⁵⁷⁾ *Re C.M.G.* [1970] Ch. 574 a p. 575.

⁽⁵⁸⁾ *Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd.* [1969] 2 Q.B. 507 a p. 515: « Non è equo (*fair*) ritenere una compagnia d'assicurazione vincolata ad un contratto che essa non avrebbe stipulato se non vi fosse stata indotta da errore ».

⁽⁵⁹⁾ *D. & C. Builders Ltd. v. Rees* [1966] 2 Q.B. 617.

casi simili in futuro ⁽⁶⁰⁾. Questa è stata un'evoluzione che già il giudice Porter, nel caso *Mutual Finance Ltd. v. Wetton Ltd.*, aveva previsto riguardo al principio generale di *equity* che i contratti conclusi mediante violenza non debbano essere tutelati. Se questo deve essere « il vero principio di base, spetta al diritto — nei suoi sviluppi futuri e nei limiti del possibile — di convertire il principio in regole specifiche relative alle varie ipotesi di violenza » ⁽⁶¹⁾. Tuttavia, al di là di un certo limite, la concessione di rimedi equitativi potrebbe dar luogo al pericolo di una lesione ingiustificata dei diritti soggettivi.

Lo stesso *common law* ha creato dei rimedi contro l'ingiustizia emergente da situazioni contrattuali per i casi di limitazione della libertà di commercio. Analogamente alle corti di *equity*, esso ha previsto che non sempre le parti hanno uguale potere contrattuale. Così, ad esempio, nel caso di due uomini d'affari che concludano un contratto di vendita relativo ad un'azienda, nel quale siano inserite delle clausole che limitano la concorrenza, i giudici di *common law* sono di gran lunga meno inclini ad eliminare la clausola — come limitativa del commercio — di quanto non sarebbero, invece, in ordine a contratti di lavoro ove vi fosse un lavoratore bisognoso di mezzi di sussistenza, al punto da accettare clausole vessatorie di limitazione della propria libertà di far concorrenza in futuro al datore di lavoro ⁽⁶²⁾.

È questo un buon esempio per illustrare il ruolo svolto dal concetto di natura delle cose nel diritto inglese moderno. Così, il giudice Wilberforce (nel considerare se la clausola con cui una società di calcio si riserva il potere di trattenerne o di vendere il calciatore professionista costituisca o meno una limitazione irragionevole dei diritti di costui di disporre delle proprie capacità professionali) esaminò da vicino le caratteristiche specifiche del mercato calcistico e rilevò che « i calciatori firmano il loro primo contratto in età di poco superiore o inferiore ai ventun anni, e che ... ovunque essi successivamente si collochino in seno alla

⁽⁶⁰⁾ J. SHAND, *Unblinking the unruly horse: public policy in the law of contract*, in [1972A] *Cambridge L. J.*, p. 144-146.

⁽⁶¹⁾ [1937] 2 K.B. 389 a p. 395.

⁽⁶²⁾ *Mason v. Provident Clothing and Supply Co. Ltd.* [1913] A.C. 724.

Lega Nazionale di Calcio, è prevista per tutti un'unica forma di contratto » ⁽⁶³⁾.

Anche l'orientamento concernente i contratti di limitazione della libertà di concorrenza (*contracts in restraint of trade*) ha acquistato carattere formale. I giudici non sono stati indotti a « sollevare il velo dell'uguaglianza e a permettere che l'elemento di fatto della subordinazione influisca sulla validità del rapporto contrattuale » ⁽⁶⁴⁾ con riguardo a ciascuno degli altri aspetti del contratto di lavoro; né i giudici sono stati in grado di considerare che altre clausole limitative della concorrenza — quali, ad esempio, il contratto di esclusiva fra un rivenditore di benzina ed una compagnia petrolifera — potessero essere la conseguenza di un diseguale potere contrattuale fra le parti. « Mi pare giusto », affermò il giudice Ungood-Thomas, « e in linea di principio e in conformità all'usuale linea di tendenza della corte, non interferire con le decisioni d'ordine commerciale a cui giungono uomini d'affari competenti e aventi potere decisionale. Ciò mi pare essere un giusto riconoscimento della libertà contrattuale nell'ambito della dottrina della limitazione della concorrenza » ⁽⁶⁵⁾.

L'incapacità dei giudici ad adeguare le norme contrattuali agli svariati contesti commerciali è particolarmente evidente rispetto al problema delle clausole di esonero dalla responsabilità. In caso di contraenti che abbiano pari potere contrattuale, queste clausole svolgono l'utile funzione di lasciare alle parti la libertà di decidere dove debba, con certezza e prevedibilità, ricadere il rischio. Da un punto di vista commerciale, ha poco senso che il giudice annulli una clausola di esonero con la quale si stabilisce che il rischio di incendio di un'azienda grava sul proprietario, il quale sarà senz'altro assicurato per tale evento, se in forza dell'annullamento il rischio finisce col ricadere su un

⁽⁶³⁾ *Eastham v. Newcastle United Football Club Ltd.* [1964] Ch. 413 a p. 428.

⁽⁶⁴⁾ KAHN-FREUND, *op. cit.*, 27 [trad. it., *cit.*, p. 42].

⁽⁶⁵⁾ *Texaco Ltd. v. Mulberry Filling Station Ltd.* [1972] 1 All E.R. 513 a p. 525. Cfr. Lord Reid in *Esso Petroleum v. Harper's Garages* [1968] 269 a p. 300: « Quando una parte, che in nessun caso si trovi in posizione svantaggiata durante le trattative per la conclusione di un contratto, sceglie di assumersi un rischio calcolato, non vedo per quale ragione questa corte debba affermare che essa ha agito contro i suoi stessi interessi ».

contraente, non assicurato, responsabile di aver provocato l'incendio a causa di un qualche difetto d'installazione dell'impianto ⁽⁶⁶⁾. La posizione è totalmente differente, tuttavia, quando le parti non godano di pari *status* contrattuale — come nel caso del consumatore nel rapporto con un oligopolio di società finanziarie che offrano contratti tipo, rispetto ai quali il consumatore non ha altra libertà se non quella di prendere o lasciare. Al riguardo, è forse un falso argomento persino quello secondo cui il trasferimento dal fornitore al consumatore del rischio inerente ai difetti della merce può ridurre il prezzo dei beni. La *Law Commission* è giunta alla conclusione che « alla luce delle indagini condotte sulle società assicurative, sembrerebbe che la misura in cui i singoli assicurati hanno cercato di escludere la propria responsabilità mediante l'inserzione di clausole di esonero nei certificati di garanzia della merce, non sia, in pratica, un fattore rilevante per la determinazione dei premi assicurativi. Se il divieto di tali clausole portasse ad un incremento delle domande di risarcimento, si giungerebbe ad un qualche aumento dei premi; esso sarebbe, comunque, di scarsa entità e non coinciderebbe in modo significativo sul prezzo del prodotto » ⁽⁶⁷⁾. Ciò che è certo è che, se l'esclusione della responsabilità si risolve in un controllo meno rigoroso sulla qualità della merce immessa sul mercato, il risultato è uno spreco economico. A questo proposito, Lord Devlin ha suggerito che « in pratica, ciò a cui l'esercente tende non è tanto un esonero dalla responsabilità, quanto piuttosto un riparo da controversie giudiziali » ⁽⁶⁸⁾. Se ciò è vero, esistono ben poche prove d'un impiego generoso di risarcimenti conciliativi come indennizzo a consumatori gabbati.

Alcuni commentatori ritengono che il *common law* abbia ampie possibilità di sviluppare norme separate, per il consumatore da un lato e per le transazioni commerciali dall'altro, eliminando le clausole che escludono la responsabilità per certe eventualità, nel primo caso, e ammettendole nel secondo. Finora però il diritto non ha mostrato inclinazione al riguardo. Il giudice Donaldson,

⁽⁶⁶⁾ *Harbutts 'Plasticine' v. Wayne Tank and Pump Co.* [1970] 1 Q.B. 447.

⁽⁶⁷⁾ *Working Paper* 39, 1971 (on exemption clauses), 7.

⁽⁶⁸⁾ *The Enforcement of Morals*, 1965, 50.

nel ritenere valida una clausola d'esclusione di responsabilità inerente a un contratto concluso fra operatori commerciali di deposito, ha affermato: « se questa clausola fosse inserita in un contratto, concluso mediante formulari fra due parti di differente potere contrattuale, sarebbe oltremodo criticabile sotto il profilo sociale; sotto il profilo giuridico, tuttavia, avrebbe lo stesso valore. Il rimedio a tale squilibrio, e l'eliminazione delle ripercussioni relative, è materia di competenza del Parlamento, piuttosto che delle Corti ... »⁽⁶⁹⁾. Esprimendosi in tal modo, il giudice fece sua l'opinione di Lord Reid, secondo cui: « è questo un problema complesso, che riguarda da vicino milioni di persone; a mio parere, la soluzione dovrebbe esser lasciata al Parlamento »⁽⁷⁰⁾. La riluttanza della giurisprudenza ad interferire con il processo di formazione ad opera delle parti delle norme contrattuali, riluttanza rilevabile dall'esame delle parole stesse usate dai giudici, è dura a morire.

Pur tuttavia, sia il legislatore che i giudici giungono a riconoscere che il concetto di libertà contrattuale illimitata deve cedere il passo ai valori alternativi già esplicitamente accolti dalla società contemporanea. Molta strada è stata percorsa dalla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti (1905) mediante cui fu stabilito che le norme di legge che regolavano le ore lavorative dei panifici violavano i termini della norma costituzionale relativa alla libertà di assumere obblighi contrattuali (« Nessuno Stato può promulgare leggi limitative dell'autonomia contrattuale »)⁽⁷¹⁾. La sovranità esercitata dalle parti contraenti nella elaborazione delle norme contrattuali è oggi circoscritta da una massa di leggi e regolamenti. Anche i giudici di *common law* sono inclini a imporre alle parti clausole contrattuali implicite, che difficilmente sarebbero state accolte dalle parti stesse, se qualcuno avesse richiamato la loro attenzione su di esse: « La Corte

(69) *Kenyon Son and Craven Ltd. v. Baxter Hoare Ltd.* [1971] 2 All E.R. 708 a. p. 720.

(70) *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361 a p. 406. Cf. now *Supply of Goods (Implied Terms) Act, 1973* (e cioè, nonostante che molti contratti, ad esempio quelli per la fornitura di servizi, restino fuori della previsione della legge).

(71) *Lochner v. New York* (1905) 198 U.S. 45.

o la giuria - come giudice di fatto », affermò Lord Wright, « decide su tale problema in accordo con ciò che sembra, ai suoi occhi, essere giusto e ragionevole. Il giudice ritrova in se stesso i criteri di ragionevolezza. In questo senso, può dirsi che sia la Corte a concludere il contratto invece delle parti, e ciò nonostante che una affermazione del genere equivalga quasi a una bestemmia » (72). Quanto detto non significa che il contratto posto in essere dai giudici sia sempre giusto e ragionevole. Basti pensare all'indignazione e al clamore sollevati dal caso *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.*, nel corso del quale fu deciso di considerare parte integrante del contratto di lavoro di un autista di professione l'obbligo di risarcire il datore in caso di danni per guida negligente. La motivazione, comunque, risultò, in quell'occasione, abbastanza chiara. « Il vero problema » osservò Lord Simonds, « non tanto riguarda ciò che possa considerarsi implicito in uno specifico contratto fra due individui che si presume intenzionati a giungere ad un accordo ... L'analisi va allargata ad un quadro più vasto; è il problema generale che occorre prendere in considerazione; problema che, seppure può definirsi di *status*, può trovare una risposta soltanto se visto in rapporto alle relazioni normalmente esistenti tra autisti e datori » (73). Il contrasto con il concetto di Maine relativo all'evoluzione della società dello *status* al contratto è evidente. Soprattutto per quel che attiene ai contratti di lavoro, il diritto (tranne l'ovvia possibilità di entrare o meno nello *status* dell'impiego) ha lasciato poco spazio all'autonomia privata.

Per quale motivo allora i giudici continuano ad essere ancorati alla finzione di contratti regolati dall'autonomia dei privati? Kahn-Freund suggerisce una risposta: « È necessario che il diritto consideri i rapporti di subordinazione come se fossero di parità, quindi presentando un atto di dipendenza sotto la maschera del « contratto ». Poiché è questa la finzione con la quale si esorcizza l'incubo del « lavoro coatto » '*compulsory labour*'. Non dovrebbe esser sottovalutato il reale significato della magia delle parole ... Essa si rifà all'uso delle parole in quanto simboli

(72) *Legal Essays and Addresses*, 1939, 259.

(73) [1957] A.C. 555 a p. 576.

esprimenti un dato indirizzo politico, un'aspirazione, una tradizione, e non in quanto simboli denotanti una certa realtà di fatto » (74). Il diritto relativo ai contratti è tuttora permeato di aspirazioni individualistiche tipiche del secolo scorso. Come avviene per tutte le finzioni, il pericolo è costituito dal fatto che esse verranno prese sul serio e benderanno gli occhi di chi detiene il potere di riformare il diritto, in ordine al rapporto di subordinazione che in realtà esiste.

Interesse individuale e interesse pubblico.

I diritti dell'area occidentale non hanno certamente ignorato del tutto la verità evidente che la tutela della libertà contrattuale implica delle limitazioni, dal momento che chi contrae si obbliga ad eseguire le promesse. Anche se, come si è visto, i giudici si trattengono dal concedere l'esecuzione in forma specifica dei contratti di lavoro per il timore che ciò significhi riconoscere una forma di « schiavitù limitata », il rimedio alternativo — del risarcimento dei danni in caso di inadempimento — ugualmente limita la libertà della parte inadempiente a godere dei beni che devono esser dati come risarcimento. Ad esempio, Kant intese il contratto come una forma di cessione o di alienazione del proprio patrimonio, giustificata dalla stessa idea dei diritti individuali. Fin dove fosse compatibile con la libertà della volontà secondo una legge universale, l'individuo poteva alienare le proprie prestazioni come pure la proprietà, ed una promessa avente ad oggetto una prestazione, era un'alienazione di questa specie » (75). Marx sviluppò il concetto di alienazione (76). Il lavoro è l'attività basilare dell'uomo e l'uomo, vincolandosi ad un contratto di lavoro, aliena qualcosa di essenziale alla sua natura. È nella sua natura espandere la propria personalità trasformando il mondo esterno sia con una attività individuale sia in collaborazione con

(74) *op. cit.*, 15-16 [trad. it., *cit.*, p. 23, 24, 25].

(75) POUND, *Introduction to the Philosophy of Law*, revd. ed. 1954, p. 146-7 [trad. it., *cit.*, p. 226-227]. [Cfr. E. KANT, *Metafisica dei costumi*, *op. cit.*, pp. 87-91].

(76) *Dict. History of Ideas*, 1973, sub. voc. *Alienation in Hegel and Marx*, 1, 37 ss.

altri. Egli è costretto a rinunciare al controllo sulle proprie attività personali e cederlo al meccanismo del mercato; e così si aliena da ciò che gli appartiene strettamente.

La maggior parte dei sistemi giuridici pongono dei limiti alla misura di alienazione permessa. Nell'ambito dei sistemi occidentali, il potere del creditore di esigere un risarcimento — ricavabile dai beni del debitore — è in genere ristretto, perfino nei casi in cui *sia stato* accordato un risarcimento per inadempimento. Il diritto esclude dall'esecuzione forzata alcuni beni del debitore come gli strumenti della sua attività, commerciale o professionale che sia. Il motivo di ciò non sembra tanto il desiderio di proteggere l'individuo dalle conseguenze delle proprie sventure, quanto piuttosto quello di preservare la sua efficienza in quanto membro della comunità, capace di contribuire — con il proseguimento della propria opera — sia al bene collettivo sia, naturalmente, al bene specifico dei suoi creditori. Nelle parole di Pound: « Vi è una tendenza a riconoscere che la società deve sollevare i singoli dagli oneri liberamente assunti, e ciò in base al principio che un tale aiuto al singolo costituisce un servizio reso a tutta l'umanità, e che la prestazione di tale servizio è la funzione dello Stato » (77).

Una filosofia dello stesso tenore pervade la regola relativa alle limitazioni della concorrenza, che non riconosce valore alla promessa di prestazioni che limitino irragionevolmente — in prospettiva futura — la libertà del promittente di proseguire la propria attività commerciale. In questo punto il diritto s'impiglia nelle maglie di un paradosso: la totale libertà *di* aderire a un contratto potrebbe, in fondo, vanificare il pieno diritto dell'individuo *a* stipulare eventuali contratti futuri. Il diritto inglese ha, fino ad epoca recente, mostrato di accontentarsi d'applicare il principio di limitazione della concorrenza ad alcune ben definite categorie di attività commerciali, quali la vendita dell'avviamento commerciale di un'azienda e i contratti di lavoro. Si è comunque venuta a delineare una qualche volontà di estendere l'ambito del principio. Come affermò Lord Wilberforce nella decisione *Esso Pe-*

(77) *op. cit.*, 164-5 [trad. it., *cit.*, p. 252].

troleum v. Harper's Garage, «... il *common law* ... ha spesso prosperato nell'ambiguità, e sarebbe sbagliato, quand'anche possibile, tentare di cristallizzarne le norme o i principi di politica del diritto, in un testo preciso » (78). Ciò ha condotto ad una interessante analisi dei più importanti problemi in materia. Lord Pearce, nel riconoscere che « il diritto pone dei vincoli agli operatori economici limitandone la libertà contrattuale al fine di proteggere la libertà di commercio in senso lato e il bene della comunità », mise in luce il fondamento logico che storicamente è a base della regola. « L'impoverimento delle capacità produttive e non la loro concentrazione è ciò che sta all'origine del divieto di limitare la concorrenza » (79). Lord Pearce, come già Kant, ritiene che qualsiasi contratto implichi un certo grado d'alienazione della libertà d'azione. Ma è solo quando l'alienazione è tale da risultare gravemente inabilitante che il diritto interviene a limitare la libertà contrattuale.

Come nel caso delle norme poste a tutela dei debitori, una certa ambiguità di motivi si riscontra pure nella regola della limitazione della concorrenza. Nella decisione *Nordenfjelt v. Maxim Nordenfjelt Guns and Ammunition Company Ltd.* (80), Lord Mac Naghten affermò: « Il vero modo di guardare al problema è oggi il seguente: il pubblico ha interesse a che ciascuno possa espletare liberamente la propria attività commerciale; così pure l'individuo ». Pur tuttavia, ancora nel 1913, il *Privy Council* ritenne che: « non si conosce un solo caso in cui una limitazione della libertà di concorrenza, sebbene ragionevole nell'interesse delle parti, sia stata dichiarata invalida perché implicava un qualche danno per il pubblico » (81). In realtà, com'è stato già rilevato, i giudici sono restii a liberare un soggetto da gravose obbligazioni contrattuali di cui egli si sia assunto la responsabilità; e l'accento è stato posto sempre più su considerazioni di pubblico

(78) [1968] A.C. 269 a p. 331; J. D. HEYDON, *The Frontiers of the Restraint of Trade Doctrine*, in 85 *L.Q.R.*, 1969, p. 229 ss.

(79) *Ibid.* a p. 324 e 328.

(80) [1894] A.C. 535 a p. 565.

(81) *Attorney-General of the Commonwealth of Australia v. Adelaide Steamship Co. Ltd.* [1913] A.C. 781 a p. 795.

interesse. I giudici hanno, purtroppo, scarsa preparazione per valutare le complesse realtà d'ordine economico, sociale e politico inerenti all'interesse pubblico in ciascuno dei molteplici aspetti dell'attività commerciale. L'organo più adatto a prendere decisioni del genere è un governo che sia democraticamente responsabile di esse. Tale punto di vista è condiviso da alcuni giudici, e, la portata della componente dell'interesse pubblico nella regola della limitazione della concorrenza è stata interpretata in senso restrittivo. Per citare le parole del giudice Ungoed-Thomas:

« Che cosa s'intende per ragionevolezza in rapporto all'interesse pubblico? Essa è un elemento costitutivo della regola della limitazione della concorrenza, la quale è volta ad assicurare la libertà del soggetto, e non ha per fine, invece, quello del massimo vantaggio economico. È perciò parte del *common law* e non della scienza economica. Si tratta, dunque, di un elemento che va riferito ad interessi riconoscibili e riconosciuti del diritto. Qualora invece si volesse riferire la ragionevolezza agli interessi del pubblico in generale, si avrebbe non solo la necessità del riequilibrio di una massa d'interessi confliggenti, di natura economica, sociale, ed altri ancora, (un compito, questo, rispetto al quale i giudici potrebbero avere scarsa preparazione), ma, di più, interessi siffatti mancherebbero di una formulazione sufficientemente specifica in grado di permettere valutazioni ed applicazioni giudiziali che non siano cioè arbitrarie e soggettive, ossia variabili — come ebbe a dire una volta Lord Eldon — secondo la misura del piede del Lord Cancelliere in carica » ⁽⁸²⁾.

Controllo dell'attività economica effettuato nell'interesse pubblico.

La tesi secondo cui la tradizionale regola della limitazione della concorrenza è inadeguata ad assicurare il controllo dell'attività commerciale nel pubblico interesse è certo fondata. Il pro-

⁽⁸²⁾ *Texaco Ltd. v. Mulberry Filling Station Ltd.* [1972] 1 All E.R. 513 a p. 526; L. A. RUTHERFORD, in 35 *M.L.R.*, 1972, p. 651.

blema non è solo quello della mancanza di preparazione da parte dei giudici; invero, successivi governi hanno riconosciuto la capacità dei giudici ordinari di prendere in considerazione problemi di rilevanza nazionale caratterizzati da una complessità extra-giuridica anche maggiore ⁽⁸³⁾. Ben più importante è invece il problema delle limitate opportunità che un normale processo offre a considerazioni di pubblico interesse. In un sistema processuale di tipo accusatorio (*adversary system*) spetta alle parti stabilire quali prove dedurre e quali questioni sollevare. In pratica, è solo quando un contraente tenta di sottrarsi alle proprie obbligazioni, che il contratto viene portato dinanzi ai giudici; di più, anche in caso di vertenza tra le parti, può avvenire che le stesse siano riluttanti a ricorrere alla giustizia ordinaria, soprattutto se l'elemento contrattuale in contrasto con l'interesse pubblico è tale da implicare un biasimo o una sanzione diretti ⁽⁸⁴⁾. A motivo di ciò, nella maggior parte degli ordinamenti si è ritenuto necessario estendere il potere dello Stato di controllare non solo l'esecuzione ma anche la formazione dei contratti ritenuti contrari all'interesse pubblico.

L'esteso e sistematico controllo governativo su contratti di questo genere costituisce, nell'ambito del diritto moderno inglese, un fenomeno relativamente nuovo; ciò, malgrado che, prima dell'influenza della politica economica del *laissez-faire*, propria del XIX secolo, qualità e prezzo delle merci venissero frequentemente fissati da autorità pubbliche, quali le corporazioni di commercianti o le amministrazioni comunali, e le condizioni di lavoro fossero stabilite da consessi di « persone serie e discrete » sin dall'epoca dello *Statute of Apprentices* risalente al regno di Elisabetta I. Non fu, comunque, prima del 1948 che il *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act* conferì al *Board of Trade* poteri di controllo sulle aziende che, isolata-

⁽⁸³⁾ Per un significativo elenco di nomine di 10 giudici della *House of Lords* (*Lords of Appeal*) influenzate da considerazioni di ordine extragiuridico cfr. L. BLOM-COOPER - DREWRY, *Final Appeal*, 1972, 203.

⁽⁸⁴⁾ Nel caso analogo di un contratto invalido per l'oggetto criminoso viene da pensare ad *Everet v. Williams* (1725) in 9 L.Q.R., 1893, p. 197. La difesa fu condannata per disprezzo alla corte e al pagamento delle spese di giudizio; le parti furono impiccate.

mente o in accordo con altre, dominavano un terzo del mercato in uno specifico settore e limitavano in tal modo la concorrenza. Nei paesi dell'Europa continentale vi è oggi una notevole varietà nei modi in cui i diritti nazionali affrontano il problema delle attività economiche, finanziarie e commerciali che limitano la concorrenza ⁽⁸⁵⁾. In Italia non esistono leggi specifiche in materia, mentre in Belgio le disposizioni intitolate alla tutela contro l'abuso di potere economico risultano relativamente moderate a confronto della legislazione tedesca contro i patti restrittivi della concorrenza.

Per i casi in cui accordi e attività limitative della concorrenza nell'ambito della CEE sono suscettibili d'influenzare significativamente gli scambi commerciali tra gli Stati membri, è possibile l'applicazione automatica delle misure contemplate negli articoli 85 e 86 del Trattato di Roma. Le stesse possono essere ugualmente applicate a società che occupino una posizione di mercato dominante nell'ambito di uno Stato membro, per cui è probabile che essa influenzi gli scambi commerciali con gli altri Stati della Comunità. È stato anche espresso il timore che la complessità delle correlazioni tra norme statali e comunitarie possa causare per lungo tempo una distorsione della concorrenza nell'area europea; e la disparità di opinioni dei vari paesi membri riguardo a tali normative è una chiara espressione dell'ambivalenza propria del diritto occidentale in materia.

Negli Stati Uniti, sin dallo *Sherman Act* del 1890, sono state emanate rigorose leggi anti-monopolistiche allo scopo di bandire tutte le attività che valgono sostanzialmente a limitare la concorrenza, ovvero tendenti a creare monopoli commerciali. Così, certe attività — come, ad esempio, gli accordi diretti a fissare i prezzi, o quelli di spartizione del mercato — si considerano assolutamente limitative, e il divieto relativo è sanzionato sia

⁽⁸⁵⁾ D. M. JACOBS, *The Application of the EEC Rules on Competition in the U.K. after Accession*, in 88 *L.Q.R.*, 1972, p. 483 ss.; ALEXANDER, BELLAMY - SWIFT, *The Common Market Law of Competition*. Il *Fair Trading Act* (1973) avrà profondi effetti nell'ordinamento inglese. Sull'atteggiamento del diritto inglese prima della partecipazione alla CEE, cfr. V. KORAH, *Monopolies and Restrictive Practices*, 1968.

penalmente sia civilmente mediante concessione di vari tipi di risarcimento. Le ragioni di tale divieto sono due. In primo luogo, vi è il timore, d'ordine politico, di una pericolosa concentrazione del potere economico nelle mani di poche grandi imprese monopolistiche. A dispetto dei rigori legislativi fu difatti possibile constatare che circa 230 società di questo tipo gestivano, nel 1950, metà dell'industria statunitense, e non più di 100 di esse possedevano il 50% delle ricchezze del paese (86). In secondo luogo, esiste la convinzione, di carattere economico, che la logica del mercato libero porti alla conclusione secondo cui tutto il possibile dev'esser fatto per impedire le limitazioni della concorrenza e che la concorrenza significhi necessariamente riduzione dei prezzi, miglioramento della qualità della merce, incentivo per progressi tecnologici futuri, libertà di scelta per il consumatore, e, per gli imprenditori ed operatori economici in genere, possibilità di commerciare liberamente e di contribuire al bene della comunità.

Questa politica legislativa è molto simile all'orientamento del *common law* riguardo alle limitazioni della concorrenza, e ha trovato, nell'ambito della CEE, applicazione significativa nel *Bundeskartellamt*. Ma la sua validità è stata fatta oggetto di pesanti critiche. Nel corso degli ultimi dieci anni, l'Europa ha mostrato interesse a creare delle unità commerciali ed industriali di dimensioni tali da permettere operazioni di portata internazionale in risposta soprattutto alla sfida delle società multinazionali controllate dal capitale statunitense. Allo stesso scopo, in Inghilterra, l'*Industrial Reorganisation Act*, del 1967, ora abrogato, tentò di assecondare le richieste di maggiore efficienza nell'industria, incoraggiando le fusioni fra aziende; il governo laburista, applicando tale legge, erogò circa quindici milioni di sterline per aiutare l'operazione di fusione tra la *English Electric* e la *Elliott Automation*. Negli Stati Uniti, già dal 1921, il giudice Brandeis, nell'esprimere un'opinione dissenziente, aveva riconosciuto che il consolidamento del meccanismo di mercato sarebbe forse il mezzo più efficace per alimentare la concorrenza. « Rifiutare ad una miriade di piccole imprese in concorrenza tra loro la

(86) J. STONE, *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, 427.

possibilità di cooperare ... e ciò al fine di proteggere queste stesse imprese e il pubblico contro la devastazione caotica cui portano le loro operazioni, quando fatte con incompetenza, può tradursi in una soppressione della concorrenza ... » (87).

Nei paesi occidentali dunque il diritto si è trovato di fronte al paradosso che la concorrenza può essere svolta effettivamente solo da grandi ed efficienti imprese e che tali imprese possono spesso operare solo a mezzo di fusioni, concentrazioni e accordi commerciali limitativi della concorrenza. Il diritto inglese ha tradizionalmente affrontato il problema muovendo dall'idea che la concorrenza costituisce un valore positivo in sé, e che essa quindi dovrebbe esser permessa senz'alcuna limitazione giuridica, anche se — proprio come la libertà contrattuale può arrivare a distruggere la libertà dell'individuo di concludere contratti — così pure una concorrenza illimitata può giungere ad eliminare i concorrenti, rendendo alla fine impossibile la concorrenza stessa.

Questo concetto di libertà della concorrenza, ispirato al *laissez-faire*, raggiunse il massimo del successo alla fine del XIX secolo. La sua influenza è evidente nell'atteggiamento allora assunto dai giudici verso situazioni conflittuali che vedevano implicati sia imprenditori in concorrenza tra loro, sia datori di lavoro e lavoratori organizzati sindacalmente. Peraltro, è possibile dubitare che i giudici avessero afferrato appieno il significato del valore che intendevano difendere. Il punto risulta ben illustrato in questo passo di F. H. Knight:

« La libertà individuale del paziente di scegliere il proprio medico, e in genere degli individui di intraprendere la professione medica, ci riporta esattamente al significato di ciò che si definisce libera concorrenza o, più precisamente, organizzazione del mercato libero ... Non vi è un'implicazione di concorrenza nel senso fisiologico di un sentimento di rivalità, né di azioni motivate da quel sentimento; al contrario, tale sensazione e azione sono, in ultima analisi, irrazionali ... l'espressione « concorrenza economica » è un disgraziato incidente terminologico; essa

(87) *American Column and Lumber Co. v. United States* (1921) 257 U.S. 418.

significa, semplicemente, la libertà degli individui a cooperare, contrattualmente, con altri, che offrono (o accettano) le condizioni migliori » (88).

Semberebbe che i giudici abbiano attribuito valore proprio a quel sentimento di rivalità e a quel desiderio di danneggiare i rivali, che sono criticati da Knight in quanto irrazionali. Così, nel 1892, la Camera dei Lords difese il diritto degli operatori economici « di gestire le proprie attività commerciali liberamente », secondo il criterio del massimo profitto. I giudici sostennero, nel caso in specie, che i convenuti non erano responsabili, a titolo di illecito civile, per il fatto di aver cercato, coalizzandosi in un cartello, di espellere dal mercato del té un concorrente (l'attore) (89). « Nei confronti dell'attore essi non hanno fatto nient'altro che inasprire una guerra concorrenziale condotta nell'interesse della propria attività ». Se, dunque, una coalizione era necessaria per difendere gli interessi aziendali, il diritto non se ne doveva preoccupare.

Allo stesso modo, i giudici riconobbero talvolta che i lavoratori, essendo singolarmente impotenti di fronte ai datori di lavoro, erano autorizzati ad associarsi allo scopo di difendere i propri interessi. « Prendere iniziative di qualunque genere », dichiarò la Camera dei Lords in occasione del caso *Allen v. Flood*, « purché non illecite, al fine di evitare che i posti di lavoro, che essi consideravano legittimamente propri, fossero ceduti nelle mani d'altri, rientrava pienamente nell'ambito dei loro diritti » (90). Tale punto di vista fu appoggiato dal Parlamento, il quale, nello spirito di ciò che è stato giustamente definito come « *laissez-faire* collettivo », accordò ampia tutela giuridica alle associazioni sindacali (91). I giudici adottarono la politica del non intervento

(88) *Freedom and Reform*, 1947, repr. 1969, 360-1.

(89) *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow and Co.* [1892] A.C. 25.

(90) [1898] A.C. 1. *Allen v. Flood*; tale caso, tuttavia, costituisce un'eccezione all'ostilità dei giudici inglesi nel XIX sec. verso i sindacati; per una tipica espressione di questa ostilità, cfr. *Quinn v. Leatham* [1901] A.C. 495.

(91) *Trade Union Act*, 1871, *Conspiracy and Protection of Property Act*, 1875, *Trade Disputes Acts*, 1906, 1965; W. E. J. MCCARTHY (ed.), *Trade Unions*, 1972, capitolo 19. L'espressione è di Kahn-Freund.

dagli anni venti agli anni sessanta. Quando tuttavia avvertirono uno slittamento nell'equilibrio del potere industriale, divennero meno inclini all'ideologia dell'azione incontrollata delle associazioni sindacali. « È facile, ora » — affermò Lord Devlin nella decisione *Rookes v. Barnard* — « capire che il Parlamento, nel 1906, possa aver sentito che l'unico modo di assicurare al lavoro parità di potere contrattuale rispetto al capitale, sarebbe stato quello di accordargli speciali immunità che il *common law* non aveva ammesso. Perfino oggi, dopo che le proporzioni sono state ristabilite, è facile vedere come il Parlamento potrebbe ritenere che uno sciopero, riprovevole o meno, non dovrebbe costituire oggetto di vertenze giudiziarie » ⁽⁹²⁾. La Camera dei Lords, comunque, ritenne che il *Trade Disputes Act* del 1906 non riconosceva alle associazioni sindacali una completa immunità.

Nel cercare di risolvere il problema della misura in cui il diritto deve intervenire per limitare la concorrenza ed il conflitto (d'interessi) commerciale, i giudici si sono lasciati trascinare inevitabilmente, sebbene talvolta inconsapevolmente, nell'arena delle valutazioni d'ordine politico e sociale. Il giudice Holmes dovette ammettere che: « la sostanza della decisione si riduce, in pratica, ad una proposta sulle linee politiche — di natura alquanto delicata — concernenti il merito dello specifico tornaconto personale che i convenuti intendevano perseguire e fa nascere dei dubbi sull'eventualità che giudici con orientamenti economici differenti possano decidere uno stesso caso diversamente » ⁽⁹³⁾. È certo che decisioni del genere, politicamente orientate, si trovano nella lunga serie di casi in materia di *conspiracy* decisi dalla Camera dei Lords ⁽⁹⁴⁾. Più moderne formulazioni, ribadite soprattutto da Lord Denning, del « diritto al lavoro » riconosciuto al lavoratore rispetto al proprio sindacato, hanno suscitato aspre critiche perché basate sul giudizio valutativo, altamente contraddittorio, secondo cui una delle funzioni del sindacato sarebbe

⁽⁹²⁾ [1964] A.C. 1129 a p. 1219.

⁽⁹³⁾ *Privilege, Malice and Intent*, in 8 *Harvard L. R.*, 1894, I at 8.

⁽⁹⁴⁾ *Mogul Steamship Co., Allen v. Flood, Quinn v. Leatham (supra), Crofter Hand Woven Harris Tweed v. Veitch* [1942] A.C. 435 (W. D. LAMONT, *The Principles of Moral Judgement*, 1946, p. 110 ss.).

quella di tutelare i diritti di ciascuno dei propri iscritti in opposizione agli interessi globali associativi, suscettibili talvolta di essere in conflitto con quelli del singolo lavoratore ⁽⁹⁵⁾.

È avvenuto non solo che i giudici abbiano, in circostanze differenti, formulato giudizi discordanti — in ordine alla liceità degli interessi perseguibili e perseguiti dalle organizzazioni sindacali o dai concorrenti commerciali — ma anche che si siano trovati a dover decidere sulla liceità di alcune specifiche forme di concorrenza. Alcune forme particolarmente aggressive di concorrenza sono assolutamente illecite; è illecito far fuoco contro delle imbarcazioni di indigeni che remino verso una nave mercantile rivale, al fine di intimidire potenziali clienti ⁽⁹⁶⁾. Pure, a tutt'oggi, il diritto inglese non ha elaborato alcun concetto di concorrenza « sleale » del tipo contemplato nel *Robinson-Patman Act* nord-americano del 1936 ⁽⁹⁷⁾, la cui base logica è quella secondo cui: « dare impulso ai concorrenti equivale, in fondo, a dare impulso alla concorrenza stessa » ⁽⁹⁸⁾. Lo spirito di tale legge è senz'altro riconducibile alla politica delle leggi antimonopolistiche, in quanto tutela le piccole aziende dal potere di contrattazione delle imprese più grandi che, altrimenti, potrebbero schiacciarle con tecniche quali, ad esempio, la discriminazione dei prezzi ⁽⁹⁹⁾.

Come si è visto, questa è un'area entro cui si muovono esigenze di scelte economiche e politiche, oltre che quesiti di legiti-

⁽⁹⁵⁾ R. W. RIDEOUT, *Principles of Labour Law*, 1972, p. 324-5; sulla funzione dei sindacati, cfr. A. FLANDERS, *Management and Unions*, 1970, p. 38-47 (rist. in MCCARTHY, *op. cit.*, p. 17 ss.).

⁽⁹⁶⁾ *Tarleton v. M'Gawley* (1793) 1 Peake 270.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *Competition Bill. Contra v.* l'opinione dissenziente di Lord Esher in *Mogul Steamship Co.* (*supra*) secondo cui un criterio di 'lealtà' (*fairness*) e di 'ragionevolezza' (*reasonableness*) deve essere applicato nello stabilire se un sindacato costituisca un mezzo lecito per il perseguimento di un obiettivo commerciale.

⁽⁹⁸⁾ A. R. EVERTON, *Unfair Competition*, in 23 *Current Legal Problems*, 1970, p. 125-128; cfr. Z. CHAFFEE, *Unfair Competition*, in 53 *Harvard L. R.*, 1940, p. 1289 ss.

⁽⁹⁹⁾ In Gran Bretagna, la Commissione britannica sui monopoli può avanzare proposte nei casi in cui siano praticate discriminazioni di prezzi. Cfr. *Celulasic Fibres* (Session 1967-8, H.C. 130).

timità giuridica. Di ciò prese atto il Parlamento britannico all'epoca della approvazione del *Restrictive Trade Practices Act*, nel 1956. La legge imponeva la registrazione degli accordi limitativi della concorrenza, rendendo così possibile l'indagine relativa. Non li mise, quindi, fuori legge in quanto tali — come invece fecero le disposizioni antimonopolistiche statunitensi — ma si limitò ad applicare il principio del cosiddetto « abuso », in base al quale i poteri della corte venivano esercitati solo quando un accordo specifico appariva contrario al pubblico interesse. Il Lord Cancelliere Kilmuir, nel corso di un dibattito alla Camera dei Lords sostenne che « la decisione più saliente che sia stata presa ... è quella secondo cui il tribunale abbia da considerarsi organo giudiziario e non amministrativo » ⁽¹⁰⁰⁾. La sezione 21, pertanto, prevedeva certe « vie d'accesso » che il Cancelliere considerò quali « modi per l'evoluzione di criteri giuridici ». Permane comunque la sensazione che le decisioni della corte siano state pesantemente influenzate dall'entusiasmo dei suoi vari presidenti in favore o contro il valore della concorrenza - una questione essenzialmente non giuridica. « Questa non vuole essere, in alcun modo, una critica mossa ai giudici che si son trovati a dover esprimere previsioni molto dubbie sugli effetti futuri di un accordo limitativo della concorrenza in campo industriale, e a decidere se la limitazione fosse o meno desiderabile, quando piuttosto una critica al Parlamento, per aver lasciato problemi di tale portata ai giudici » ⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ H. L. Hansard, 26. 6. 1956, col. 10.

⁽¹⁰¹⁾ KORAH, *op. cit.*, p. 162-3.

CONCLUSIONE

Molti sono i valori che si riflettono nel diritto. Alcuni — ordine, giustizia e libertà personale — sono generalmente considerati quali valori da conseguire a mezzo di strumenti giuridici; essi sono pertanto, essenzialmente valori giuridici. Altri — quali la pietà, l'amore ed il buon gusto — pur raccogliendo un consenso altrettanto vasto, sono volti ad obiettivi non sufficientemente precisi per poter costituire materia di diritto. Altri ancora hanno natura extragiuridica, in quanto costituiscono oggetto di accese controversie d'ordine politico e sociale, e non coinvolgono una frazione sufficientemente elevata dei componenti della società che il diritto intende regolare. Il rispetto e l'obbedienza al diritto postulano, difatti, il consenso. « Consenso », ha affermato Lord Devlin, « non significa accordo unanime; significa piuttosto la disposizione della società, in senso lato, a tollerare gli effetti del diritto. Scaturisce da discussioni, da qualche concessione, dalla consapevolezza che l'opposizione non è stata travolta con la violenza ... La maggior parte del patrimonio giuridico è di fatto basato su tale forma di consenso. È esso che conferisce al diritto stabilità, tenendolo al riparo da frequenti mutamenti » ⁽¹⁾.

Il consenso di cui si è detto può essere espresso, nella formazione delle leggi, ad opera dei membri eletti del Parlamento; e, nell'attuazione del diritto, viene espresso — in certa misura — dai giurati e dai giudici di pace laici. L'attuazione del diritto penale è largamente connessa all'espressione di quel consenso. Per quanto attiene ad altri settori del diritto, il mezzo d'espressione del consenso è l'organo giudiziario; organo tradizionalmente

⁽¹⁾ *Politics and the law: a matter of judgment*, in *Sunday Times*, 6 August, 1972.

considerato — nei rapporti tra i cittadini — come tramite neutrale tra governo e governati. Le soluzioni di tipo collettivistico sono spesso le sole in grado di risolvere i problemi — d'ordine sociale ed economico — che assediano la complessa società contemporanea. Il potere giudiziario, impegnandosi a garantire i valori fondati sul consenso, quali l'ordine o la libertà personale, è in grado di assicurare che le soluzioni siano applicate nel rispetto dei diritti e nel riconoscimento delle responsabilità individuali. Ad esempio, nell'esercitare il controllo sull'azione amministrativa, i giudici hanno introdotto un certo numero di eccezioni alla normativa di legge con cui si conferivano poteri ai funzionari. Niente, di quelle norme, suggerisce che le norme stesse siano soggette a quelle eccezioni. I giudici modificano l'attuazione delle norme sulla base di certi principi esprimenti valori che la larga maggioranza della società sarebbe concorde nel ritenere prevalenti nelle circostanze del caso concreto.

Ma quando i giudici son chiamati a reggere l'equilibrio tra forze sociali in conflitto — come, ad esempio, nel quadro delle relazioni e dell'attività industriali — i valori da essi perseguiti non sempre ottengono uguale consenso. Le loro valutazioni comparative vengono attuate con spirito di buona fede; ciò malgrado, aree sociali consistenti hanno talora accusato di parzialità alcune decisioni giudiziali — conseguenza di quelle valutazioni — soprattutto nel campo delle controversie di lavoro. In taluni casi, tali critiche attaccano una presunta incompetenza o inesperienza dei giudici, o loro pregiudizi istintivi d'ordine sociale. Tali problemi sono, comunque, talmente controversi, da rendere difficile l'ipotesi che i giudici riescano a conseguire valutazioni su cui vi sia un consenso generale. La conseguenza è una diminuzione della fiducia generale nel diritto. Il che suggerisce che problemi di questa natura sono poco adatti ad esser regolati dall'apparato giudiziario.

Nell'ambito del diritto privato, per contro, esiste un ampio spazio per valutazioni d'ordine giuridico. Un esempio è quello dell'applicazione dei principi generali. Nella maggior parte dei casi, le norme vengono applicate nella stessa forma in cui sono state formulate, tuttavia — come si è visto nel capitolo 4 — esistono fattispecie in ordine alle quali l'applicazione di una re-

gola nella sua forma originaria risulta impossibile: ciò a motivo del fatto che un qualche principio generale, esprimente un valore universale, viene ritenuto come preminente rispetto alla norma singola. Invero, se il diritto intende mantenere la flessibilità necessaria a rispondere via via alle mutevoli condizioni sociali, non può fare a meno di riconoscere che le motivazioni sorgenti da principi di questo tipo debbano essere considerate tali da modificare l'ambito della normativa esistente. « I principi esprimono », ha asserito MacCormick, « gli scopi intrinseci di norme singole e di istituzioni specifiche, nel senso che sono visti quali elementi di razionalizzazione degli stessi in termini di obiettivi consistenti, coerenti ed auspicabili. Talché, i principi giuridici costituiscono il punto d'incontro tra norme e valori »⁽²⁾.

Il processo di trasformazione sociale è venuto assumendo un ritmo sempre più accelerato, e gli organi che hanno il compito di formare ed applicare il diritto devono di necessità essere — dinanzi alla sfida di situazioni nuove che esigono soluzioni giuridiche — più flessibili di quanto non siano stati i loro predecessori. Il mantenimento della fiducia generale nel diritto dipende dall'abilità — di legislatori e giudici — di pervenire ad una sintesi adeguata, secondo l'attuale contesto, dei valori propri della tradizione giuridica della civiltà occidentale.

⁽²⁾ *Law as Institutional Fact, Inaugural Lecture*, Edinburgh University, 90, *L.Q.R.*, 1974, p. 127.

LUIGI MOCCIA

GLOSSARIO PER UNO STUDIO DELLA
«COMMON LAW»

AVVERTENZA

La presente Appendice, sotto forma di Glossario, cioè articolata per voci in ordine alfabetico, è stata redatta nell'intento di offrire alcuni scorci tra quelli più significativi, specie in prospettiva storica, dell'ambiente e della cultura giuridica di *common law*. Essa, privilegiando gli aspetti terminologici e del linguaggio — in senso ampio — nonché di carattere informativo relativi ad espressioni, istituti e materie della tradizione di *common law*, si rivolge principalmente a quei lettori che abbiano minore dimestichezza con questa tradizione e tuttavia nutrano interesse ad approfondirne la conoscenza. A tal fine, si è creduto opportuno, sotto ciascuna voce, limitare — di regola — l'indicazione dei riferimenti bibliografici ad Autori e testi italiani. Ciò ha portato, anzi, nella voce su *Common Law* a tentare di proposito una sia pur parziale ricostruzione della letteratura italiana che, soprattutto dai primi decenni di questo secolo, si è venuta occupando dello studio del « diritto anglo-americano ». Beninteso, l'ampiezza della produzione, da un lato, e la molteplicità e specificità degli argomenti in essa trattati, dall'altro lato, non hanno permesso, né era questo, del resto, l'obiettivo prefisso, di formulare un panorama completo di nomi e di titoli. Si è cercato, invece, sui vari temi e problemi toccati in questa Appendice, di fornire una traccia di ragguagli bibliografici contenuta entro limiti sufficienti a indirizzare il lettore interessato ad ulteriori e maggiori approfondimenti riguardo a quei temi e problemi.

Sia consentito infine di aggiungere che, pur se concepita, per tutto quanto detto, in chiave di ausilio alla lettura del testo di Stein e Shand, la presente Appendice si propone tuttavia di valere — così si spera — anche per un primo e sintetico approccio allo studio della tradizione di *common law*.

L.M.

Bar

1. La professione forense (*legal profession*) in Inghilterra (e in Scozia).
2. Il particolare rapporto tra magistratura (*Bench*) ed avvocatura (*Bar*), quale base del diritto inglese come diritto giurisprudenziale e della sua « continuità ».

1. Con il termine « *bar* » si indica in Inghilterra l'ordine professionale dei *barristers*, assimilabili ai nostri avvocati. La professione forense (*legal profession*) è qui divisa in due distinte categorie: quella, appunto, dei *barristers* e quella dei *solicitors*, assimilabili in parte ai nostri procuratori legali, ma che pure svolgono funzioni *lato sensu* notarili. I *barristers* hanno titolo, in via esclusiva, ad esercitare la difesa nei procedimenti davanti ai giudici delle istanze superiori (*House of Lords, Court of Appeal, High Court of Justice*). Nelle corti di livello inferiore (corti di contea e corti dei giudici di pace), così come innanzi ad organi di giurisdizione speciale (*tribunals*), sono ammessi ad esercitare il patrocinio (*advocacy*) anche i *solicitors*.

Da un punto di vista storico, la più antica e prestigiosa delle due categorie è quella dei *barristers* (noti anche col nome, d'uso sia individuale sia collettivo, di *counsel*). Essa è considerata, tradizionalmente, come la categoria « superiore » (*higher* o *senior branch*). Il numero di *barristers* che esercitano la professione si aggira attualmente intorno ai quattromila. Di essi, la grandissima maggioranza è concentrata a Londra, nella sede delle quattro corporazioni d'origine medioevale, le *Inns of Court*, tuttora esistenti, e cioè: *Lincoln's Inn, Middle Temple, Inner Temple, Gray's Inn*. Di formazione relativamente più recente, e con un passato meno illustre, è l'altra categoria, quella dei *solicitors*, indicata — per contro — come *lower* o *junior branch*. Di gran lunga assai più numerosi sono gli appartenenti a questa seconda categoria: attualmente intorno ai quarantamila, con studi professionali, di solito costituiti in forma associata (*legal partnerships*), sparsi per tutto il territorio nazionale.

Un fondamentale aspetto della distinzione fra *barristers* e *solicitors* (le cui relative qualifiche e funzioni, conviene precisare, *non sono cumulabili*), che finisce per dare risalto all'immagine del *Bar* come una sorta di « aristocrazia » professionale, consiste nella regola, autonomamente adottata dalla categoria, secondo cui i *barristers* non possono prestare la loro opera intrattenendo un rapporto diretto con il cliente, ma devono (attendere di) ricevere le richieste di pareri o gli incarichi

di difesa dai *solicitors*: soltanto costoro, infatti, sono a contatto con il pubblico. Per cui, ove si renda necessario il ricorso a un *barrister*, la parte dovrà recarsi prima da un *solicitor* che, come suo rappresentante, provvederà quindi a rivolgersi a un *barrister* di fiducia, scelto dalla parte stessa o, come più di sovente accade, dal *solicitor* ⁽¹⁾.

Analoga divisione, inoltre, della *legal profession* in due distinte categorie si riscontra in Scozia, dove peraltro gli appartenenti alla prima categoria sono noti con il nome di *advocates* ⁽²⁾.

2. Una ulteriore caratteristica, di notevole importanza, che riguarda, ed anzi rispecchia, la divisione fra *barristers* e *solicitors*, è quella inerente al reclutamento dei giudici togati inglesi. È noto, infatti, che in Inghilterra, come in genere nei paesi di *common law*, non esiste una carriera giudiziaria: « i giudici inglesi vengono scelti e nominati tra le più illustri e affermate personalità della professione forense, e in particolare della sua branca più elevata, il *Bar* » ⁽³⁾.

Invero, il monopolio delle magistrature togate da parte dei *barristers* si traduce, storicamente, in uno stretto legame tra corpo dei giudici di professione (*Bench*) e avvocatura (*Bar*). Ciò viene reso con un'espressione di sintesi, *Bench and Bar*, allusiva del particolare rapporto che unisce appunto le due professioni, per cui quella giudiziaria si presenta piuttosto come la continuazione dell'altra o, meglio, come lo sbocco naturale e il massimo traguardo, anzi, di questa. Il fatto è messo bene in rilievo da chi ha osservato che in Inghilterra « la peculiarità dell'ufficio di giudice » è quella « d'esser più un'attività « della professione forense che un aspetto del pubblico impiego » ⁽⁴⁾.

Una prima e fondamentale implicazione, connessa al valore di endiadi dell'espressione *Bench and Bar*, concerne dunque il modo stesso in cui la figura del giudice di professione concretamente s'atteggia ed è concepita. Questa, cioè, è emanazione del mondo forense raccolto nelle *Inns of Court*, e come tale ne riflette la realtà corporativa e d'*élite*. Di qui la grande incidenza che assume l'ambiente delle *Inns*, in tutte le sue componenti di ordine storico, sociale e culturale, come effettivo anello di congiunzione tra professione giudiziaria e forense,

⁽¹⁾ Sulle differenze relative all'organizzazione e all'attività professionale delle due categorie v., più ampiamente, V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 68 ss.; e, mi permetto di aggiungere, L. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi*, § 14, in *Ricerche sul Processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, di prossima pubblicazione.

⁽²⁾ In proposito, per più ampi riferimenti, si veda D. M. WALKER, *The Scottish Legal System* ⁴, Edinburgh, 1976, 274 ss., cui può aggiungersi H. DAVID, *Introduction a l'étude du droit écossais*, Paris, 1972, 155-158.

⁽³⁾ Così, ad es., V. VARANO, *op. cit.*, 2.

⁽⁴⁾ Così R. M. JACKSON, *The Machinery of Justice in England* ⁷, Cambridge e altrove, 1977, 427.

avuto riguardo soprattutto alla formazione dei *barristers*, in quanto chiamati a ricoprire le magistrature togate. In argomento è stato scritto, ad esempio, che: « Fin dai suoi primi giorni come studente in una delle *Inns* e poi come giovane appartenente al *Bar*, l'avvocato « impara a comportarsi secondo regole e in ossequio a restrizioni di « visate allo scopo di mantenere alta la dignità [...] e l'integrità della « categoria. Nell'esercizio della professione, egli impara a rispettare le « opinioni dei colleghi, assorbe le tradizioni e il senso di disciplina, « acquista l'abilità di imporsi l'auto-controllo quando l'occasione lo « richieda » (5). Al di là di possibili rilievi critici, ciò che qui interessa osservare è l'esistenza, in fatto, di una funzione « educativa » svolta dall'ambiente delle *Inns*, che finisce per avere un peso determinante sulla formazione dei giudici. In tal senso, mentre da un lato è estranea al sistema inglese, dato il tipo di reclutamento che vi si adotta, l'idea del tirocinio dei giudici (a meno di non voler identificare questo con l'esercizio stesso dell'attività di *barrister*), dall'altro lato si può e si deve parlare invece di un processo formativo attraverso cui il *barrister*, futuro giudice, assume un costume di vita professionale basato sull'accettazione di *standards* elevati di disciplina e di responsabilità, e che reca altresì l'impronta di un forte spirito insieme tradizionalista e di corpo.

Un'altra rilevante implicazione del legame tra *Bench* e *Bar* concerne, poi, la base sociale di reclutamento dei giudici. Al riguardo vale segnalare che la composizione del *Bench* in Inghilterra continua ad essere caratterizzata, come in passato, da una presenza nettamente maggioritaria di appartenenti ai ceti altolocati e alla borghesia più agiata (*upper and upper middle classes*). Ciò risulta sia da ricerche specifiche sull'origine sociale dei giudici, in particolare di quelli delle corti superiori (*House of Lords*, *Court of Appeal* e *High Court of Justice*), sia da ricerche sulla loro educazione scolastica, assunta come un buon indicatore dei settori sociali e di reddito di provenienza dei giudici. In complesso, i dati offerti da queste ricerche rivelano la realtà di una selezione socio-economica e culturale che, ancor'oggi, rende difficile per gli appartenenti alla piccola borghesia e alla classe lavoratrice l'accesso ai ranghi dell'avvocatura (*Bar*), e di qui, comunque, a quelli della magistratura (*Bench*) (6).

Per completare questo rapido schizzo della figura del giudice inglese in rapporto al suo ambiente professionale, un ultimo cenno merita il dato anagrafico sull'età media degli appartenenti al *Bench*. In proposito sono stati calcolati, come valori costanti da molto tempo

(5) S. SHETREET, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam e altrove, 1976, 226.

(6) Sull'argomento si vedano, ad es., J. A. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, London, 1977, 25-29 (trad. it., *Giudici e politica in Inghilterra*, Milano, 1980), e V. VARANO, *op. cit.*, 103-104.

a questa parte, i seguenti: l'età media dei *barristers* al momento della loro (prima) nomina a giudici è intorno ai 53 anni; l'età media di tutto il corpo dei giudici che ricoprono incarichi a tempo pieno è intorno ai 60 anni. Orbene, tenuto conto, specie nel caso dei giudici delle istanze superiori, di tutta la precedente attività da essi svolta come avvocati di successo in un determinato campo, è facile ricavarne la conclusione che, con la nomina a giudici di *barristers* che hanno maturato un'esperienza professionale per un numero di anni molto maggiore al periodo minimo (tra i 7 e i 15) richiesto dalla legge per accedere a cariche nella magistratura togata, si realizza — tendenzialmente — quello che è stato definito il grado di «super-professionalismo» dell'ufficio di giudice in Inghilterra (⁷). Ciò, oltre a rappresentare un'ennesima implicazione dello stretto rapporto esistente tra *Bench* e *Bar*, pure costituisce, nell'ambito soprattutto della giustizia civile (in contrapposto a quella penale amministrata per la più parte da giudici laici, i cosiddetti «giudici di pace»), un presupposto fondamentale dello stile e della qualità dei giudizi e delle decisioni, nonché in tal senso uno dei principali fattori della stessa «continuità» storica dell'evoluzione del diritto inglese come diritto a base giurisprudenziale (v., *infra*, *Case Law*).

(⁷) L. SCARMAN, *The English Judge*, in *The Modern Law Review*, 1967, I, a p. 5.

Case Law

1. « *Case law* », legislazione e diritto codificato.
2. « *Precedent* » o « *Stare decisis* » (*doctrine of*).
3. « *Overruling* » e « *Prospective Overruling* ».
4. « *Public Policy* ».
5. « *Case method* ».

I. « *Case law* » è il diritto giudiziario, o giurisprudenziale, inteso come diritto che ha la propria fonte nelle decisioni (precedenti) giudiziali. Nell'ambito del sistema giuridico inglese, e dei paesi — c.d. di *common law* — a cui quel sistema si è esteso, l'espressione *case law* ed altre simili (quali « *judiciary law* » o « *judge-made law* », oramai accolte nell'uso, sebbene originariamente coniate dal Bentham [1748-1832] con intenzione polemica e in senso spregiativo) si contrappongono a « *statute law* », nel significato — quest'ultima — di legislazione (o, pure, di « diritto legiferato », come taluno si è espresso, mettendo in rilievo le differenze di tecnica — « più prolissa e casuistica » — e di posizione — come di un « intruso tollerato » — degli *statutes*, nell'ordinamento inglese a base giurisprudenziale, rispetto alle leggi, negli ordinamenti continentali a base codicistica o, propriamente, legislativa) (1). È noto che le leggi scritte hanno rappresentato, storicamente, una parte accessoria del diritto — specie privato — inglese, sì da apparire — secondo un'efficace immagine — semplici « *addenda et errata* del libro della *Common Law* » (2). A tale proposito, vien fatto ancora osservare che le leggi (*statutes*) « sono state sempre considerate come « facenti parte, sì, del sistema giuridico ma non partecipi della intima « essenza del diritto »; onde « un atteggiamento di fronte alla legge « scritta diverso in Inghilterra dai paesi continentali. In questi, sacerdoti del diritto e laici sono su un piede di parità, fondamentalmente, « e l'interpretazione è libera a chiunque senz'uopo di intermediari. « In Inghilterra invece il testo della legge scritta dice ben poco, al « cittadino e al giurista, sinché non sia stato interpretato e applicato « giudizialmente » (3).

(1) Così G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, in *Atti del Primo Congresso di Diritto Comparato*, Roma, 1953, I, 659, a pp. 660-661.

(2) W. GELDART, *Elements of English Law*⁵, London, 1953, 2.

(3) G. TEDESCHI, *op. e loc. cit.*, 666. Si veda altresì, sul rapporto tra *case law* e *statute law*, A. P. SERENI, *Studi di diritto comparato*, I, *Diritto degli Stati Uniti*, Milano, 1956, 25-27.

In generale, per l'influenza avuta dal corpo dei giuristi pratici (giudici e avvocati) sulla formazione del diritto inglese, e sulla natura — quindi — di

Antica questione è, in Inghilterra, quella della natura dei precedenti giudiziari: secondo alcuni, meramente « dichiarativa », ossia rivelatrice di un diritto pre-esistente (allo stato di *custom* = consuetudine), rispetto al caso concreto in decisione; secondo altri, sostanzialmente « creativa » di diritto nuovo per il caso da decidere, rispetto al quale la *regula juris* posta con il precedente finisce per assumere un valore retroattivo. Sarebbe — cioè —, come lamentavano sia il Bentham sia l'Austin, « *ex post facto law* » ⁽⁴⁾. E in tal senso può ricordarsi una frase dell'ASCARELLI, dove l'eco di quelle parole risuona nell'affermazione che « la *common law* nasce sempre *ex post* » ⁽⁵⁾.

Senza poter entrare qui nel merito della questione — che cosa sia *case law*, se diritto 'scoperto' ovvero 'creato' dal giudice —, e delle diverse e talvolta sfumate posizioni assunte al riguardo dagli autori di lingua inglese, converrà ricordare soltanto che la concezione o teoria della natura dichiarativa dei precedenti rappresenta, storicamente, l'opinione ufficiale (per meglio dire, ortodossa) accolta dalla dottrina inglese del secolo scorso, che la trasse — in particolare — dall'opera di Sir Matthew HALE (1609-1676), *The History of the Common Law* (apparsa postuma in varie edizioni del XVIII sec.), e, soprattutto, da Sir William BLACKSTONE (1723-1780), al quale si deve una famosa immagine dei giudici inglesi, visti — in tal senso — come « oracoli viventi » del diritto ⁽⁶⁾. Contro quella teoria rivolse le proprie critiche pungenti il Bentham, denunciando il carattere fittizio (e l'Austin ebbe a rincarare la dose, parlando di « finzione puerile ») del fondamento di essa, costituito dalla pretesa « completezza » dell'ordinamento di *common law* (nel senso di « consuetudine generale del regno » — *general custom of the realm* —), a cui i giudici volta a volta, nei casi nuovi o dubbi, si limitavano ad attingere per dare (trovare) la soluzione dei casi stessi. Un ordinamento — quindi — della cui esistenza e completezza tali decisioni (precedenti) erano (o, meglio, si riteneva che fossero) la « prova » (*evidence*). Oggidi, invece, sempre più frequente ed esplicito è divenuto il riconoscimento, da parte di giudici e studiosi di diritto inglesi, della natura creativa del precedente. Quasi un colpo di spugna sulla teoria classica è stato passato dalla *House of Lords*, nella sua veste di massimo organo giudiziario del

questo come « diritto forense » (*lawyer's law*), possono vedersi: G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* (ed. it. a cura di A. Baratta), Milano, 1962, i Capp. I, II e III; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (trad. it. di A. Biscardi), Firenze, 1962, 287 ss.

⁽⁴⁾ G. BENTHAM, *Trattati di legislazione civile e penale* (trad. it. di M. Azzariti dall'edizione francese di Dumont), Napoli, 1818, I, 417-418; J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1885, II, 651.

⁽⁵⁾ T. ASCARELLI, « Il contratto » di Gino Gorla, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, 924, a p. 930.

⁽⁶⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-69, I, 69.

Regno Unito, con la nota dichiarazione (del luglio 1966) in cui si afferma che la *House* può recedere (*to depart*) dalle proprie precedenti decisioni « nei casi in cui appaia giusto farlo »: ma v., per un ampio e significativo brano di questa dichiarazione (*Practice Statement*), *sub* 3. Più di recente, un autorevole giudice della *House of Lords* si è così espresso a proposito della natura della funzione giudiziaria e con essa del precedente: « In questo paese è stato ritenuto per lungo tempo « che i giudici non fossero creatori di diritto ma semplici scopritori « ed espositori di esso. La teoria era che ogni caso fosse già previsto « da un'apposita regola di diritto, esistente da qualche parte e in « qualche modo rinvenibile, purché all'uopo si fossero impiegati sufficientemente esperienza e rigore intellettuale. Tuttavia, non era infrequente « che, una volta scoperta tale regola, di fatto si rinunziasse alla pretesa « di riconoscerla come pre-esistente [...]. Quella teoria invero, per « quanto irrealistica, aveva un proprio valore, consistente nel limitare « la sfera di creazione del diritto concessa ai giudici (sempre in qualche « ambascia quando si tratti di stimare le potenziali ripercussioni future di ogni loro decisione, e ciò tanto più nella complessa società « industriale moderna), ed inoltre consistente nell'esaltare quella caratteristica centrale della nostra costituzione, che è rappresentata dalla « sovranità del Parlamento. Ma la vera, seppur limitata, natura creativa della funzione giudiziaria (*judicial law-making*) è stata ammessa « più apertamente in anni recenti » (7).

Sempre sotto il profilo — sinora tracciato — delle fonti del diritto, l'espressione *case law* si usa, nella tipologia dei sistemi giuridici contemporanei, in contrapposizione a « *code law* » (diritto codificato). Nei sistemi di diritto codificato, quali sono — notoriamente — soprattutto quelli dell'Europa continentale, unica fonte normativa è infatti considerata, da un punto di vista formale, la legge. Sul continente europeo il fenomeno della codificazione determinò, almeno a livello di teoria, una « radicale trasformazione delle fonti del diritto », poiché « a un « ordinamento fondamentalmente consuetudinario e giurisprudenziale, « quale era stato nei secoli il diritto civile, dai tempi di Roma fino « a tutto il secolo XVIII, il codice sostituiva un ordinamento interamente legislativo, in cui la volontà sovrana del legislatore si poneva « come fonte di produzione unica, o almeno tendenzialmente esclusiva « di fronte alla consuetudine e alla giurisprudenza » (8). È noto, altresì, che agli inizi di questo secolo si sviluppò in Europa (Francia e Germania soprattutto), dando luogo ad un'abbondante letteratura, il dibattito sulla natura della funzione giudiziaria, nel contrasto tra le

(7) *Jones v. Secretary of State for Social Services* [1972] A.C. 944, per Lord SIMON, a p. 1026.

(8) Così G. ASTUTI, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in *Annali di Storia del Diritto - Rassegna Internazionale*, XIV-XVII (1970-73), 1, a pp. 15-16. E si veda, inoltre, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, specie a pp. 201-205.

posizioni di coloro che assegnavano alla giurisprudenza un ruolo attivo di interpretazione (ricerca e adattamento) del diritto e le opinioni tradizionali (conservatrici) per le quali la funzione del giudice si riduceva alla ('meccanica') applicazione di precetti legislativi (secondo la celebre metafora del Montesquieu sui giudici come « *la bouche qui prononce les paroles des lois; des êtres inanimés qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ») (9).

Da noi, contro l'opinione dottrinale prevalente che negava alla giurisprudenza valore di fonte normativa, si levarono alcune voci dissenzienti, fra cui quella autorevole del PACCHIONI (10). Ciò, per vero, in linea con l'insegnamento di illustri civilisti quali il Del Giudice, il Filomusi Guelfi, il Pacifici-Mazzoni, il Cogliolo ed il Coviello (Nicola), che riconoscevano alla giurisprudenza sia pratica sia teorica valore di fonte « mediata e suppletiva del diritto consuetudinario e del legislativo » (11), o che ammettevano l'« uso forense » come « organo della costituzione » di diritto nuovo, sotto forma di consuetudine » (12), ovvero — ancora — affermavano che « il giudice diventa fonte creativa quando la legge « tace, o quando egli considera come *ratio legis* non quella che il legislatore pensò, ma quella che oggi penserebbe se dovesse risolvere « il caso pratico che quel giudice ha dinanzi a sé » (13), o — infine — ribadivano che « il potere giudiziario essendo per ragione del suo ufficio « in continuo contatto con la vita quotidiana, diventa organo della « coscienza giuridica sociale e attua l'ideale della conformità del diritto « alla vita » (14). Nel corso degli anni '30 il dibattito permane, regi-

(9) Sul movimento di reazione contro le concezioni legalistico-formalistiche del diritto basate sull'idea del monopolio normativo da parte dello Stato (legislatore) v. L. LOMBARDI, *op. cit.*, 209 ss. (con specifico riguardo alla scuola tedesca del *Freirecht*), nonché E. PARESCHE, voce *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, § 9. Insieme con le correnti del pensiero giuridico europeo vanno ricordate, per lo studio della funzione giudiziaria in rapporto alla nozione stessa di diritto, quelle sviluppatasi negli Stati Uniti d'America, e che dettero lì luogo, durante i primi decenni del secolo, alla cosiddetta « giurisprudenza sociologica » e, poi, al « realismo giuridico »: v., in argomento, G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes; Pound; Cardozo*, Milano, 1958; G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; e E. PARESCHE, *op. e loc. cit.*, § 10.

(10) Si vedano, in particolare, di questo A., *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1912, I, 40 ss.; *Corso di diritto civile. Delle leggi in generale*, Torino, 1933, III-III3.

(11) Così, in particolare, P. DEL GIUDICE, *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1880, 26, e, nello stesso senso, F. FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1917 (1ª ed., Napoli, 1873), 93.

(12) Così E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5ª ed. a cura di G. Venzi, I, Torino, 1929 (1ª ed., Firenze, 1871), 14.

(13) P. COGLIOLO, *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*, in *Scritti vari di diritto privato* 5, I, Torino, 1917 (1ª ed., 1910), 437, a p. 443.

(14) Così N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4ª ed. a cura di L. Coviello, Milano, 1929 (1ª ed., 1910), 33.

Per una testimonianza d'epoca intorno alla « questione, disputatissima fra

strandosi alcuni significativi interventi a favore del riconoscimento della funzione innovativa e, quindi, « creativa » della giurisprudenza. Nelle parole di DEL VECCHIO ⁽¹⁵⁾: « la legge non è punto un vuoto « schema meccanico, ma una vivente ragione, che ammette e richiede « nell'interprete giudiziale una collaborazione continuamente rinnovata « trice ed anche, entro certi limiti, creatrice » ⁽¹⁶⁾.

Durante gli anni '50 e '60, nel più generale movimento di reazione contro il formalismo e concettualismo della dottrina tradizionale (o, meglio, ' ortodossa ') e per una riflessione critica sui metodi di studio e di insegnamento del diritto, la quale attinge soprattutto all'esperienza dei paesi di *common law* (v., *infra*, sub 5), si pongono i lavori di G. GORLA sulla giurisprudenza come « fattore di diritto » (*law in action* = diritto effettivamente vigente, in opposizione al ' diritto apparente ' dai testi di dottrina, o *law in the books*). Questi lavori sono da ultimo sfociati nelle ricerche dello stesso A. sull'esperienza (specie italiana) del diritto comune nei secoli XVI-XVIII, le quali hanno aperto la strada verso una riconsiderazione complessiva (del problema) dei rapporti tra diritto inglese e diritto (comune) continentale (v., *infra*, *Civil Law*), sul presupposto — in particolare — della matrice « forense » propria di ambedue i sistemi ⁽¹⁷⁾.

A proposito dei caratteri distintivi del *case law* torna utile la lettura di uno studio del MICHELI sul tema ⁽¹⁸⁾. Osserva, anzitutto, questo A. che la struttura del sistema giuridico di *common law* (= *case law*)

i civilisti: se cioè la giurisprudenza possa considerarsi come fonte creatrice di diritto », si veda, altresì, V. RAGUSA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, 418 ss.

⁽¹⁵⁾ *Il problema delle fonti del diritto positivo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1934, 184, a p. 195.

⁽¹⁶⁾ A favore del riconoscimento della funzione di « fonte » della giurisprudenza possono ancora ricordarsi, tra gli altri: O. CONDORELLI, *Ex facto oritur ius*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1931, 585 ss.; W. BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi urbinati*, 1933 (un saggio, del resto, che ancora si raccomanda come introduzione allo studio del *case law*, specie inglese); e, con particolare vigore polemico nei confronti della concezione dottrinale prevalente, richiamandosi alle idee del Pacchioni, L. FERRARA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1939, 64-65, 68-70.

⁽¹⁷⁾ Si vedano, in particolare, del GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, I, 447 ss., e *Unificazione « legislativa » e unificazione « giurisprudenziale »*. *L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, 1977, V, 91 ss., ora raccolti nel volume *Diritto comparato e diritto comune europeo* di prossima pubblicazione (nella collana di *Studi di diritto comparato* diretti da M. Cappelletti), al quale pure si rinvia per i saggi da Gorla dedicati al problema della giurisprudenza e al valore del precedente giudiziale in Italia, sullo sfondo della comparazione « *civil law - common law* ».

⁽¹⁸⁾ *Contributo alla formazione giudiziale del diritto (« Case law » e « Stare decisis »)*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, XXIII, Pavia, 1938.

è, in contrasto con quella degli ordinamenti continentali a base codicistica, una struttura dove « accanto al senso profondo della sovranità « del legislatore permane ancora l'impronta più antica, per cui è legge « solo ciò che il giudice riconosce come tale nella decisione del caso « concreto »⁽¹⁹⁾; e, inoltre, dove « il giudice occupa una posizione particolare poiché il diritto obbiettivo [*law*] è considerato come rivolto « precipuamente a lui e il diritto subbiettivo [*right*] viene inteso in « sostanza quale il potere di ottenere dal giudice stesso il riconoscimento della *giuridicità* di un dato rapporto o stato di fatto, donde « il carattere dell'organo giurisdizionale, quale strumento necessario « per la creazione della disciplina giuridica »⁽²⁰⁾.

Verrebbe fatto di richiamare, a questo punto, una celebre (anche troppo, forse) definizione del diritto (*law*), data da O. W. HOLMES, che così suona: « La predizione di quello che i tribunali decideranno « in concreto, e nulla di più pretenzioso, è ciò che intendo per diritto »⁽²¹⁾. Ma, a parte il suo tono di frase ad effetto (destinata, invero, ad un pubblico di studenti, per metterli in guardia da astratte concezioni sul diritto)⁽²²⁾, e di cui probabilmente non si sarebbe conservata granché traccia, se essa non fosse stata presa a motto dal primitivo realismo giuridico nord-americano, una tale definizione va pur sempre riferita (o, meglio, circoscritta) al particolare contesto del sistema giuridico statunitense⁽²³⁾; là dove, per l'assenza di un rigido principio dello *stare decisis* (v. *sub* 2), la funzione del giudice appare caratterizzata, formalmente, da un'ampia discrezionalità.

Sottolinea ancora il MICHELI, che l'ordinamento di *case law* è quello in cui al giudice si riconosce « il potere di fissare la migliore disciplina « per il caso singolo »⁽²⁴⁾, dovendo infatti — questa disciplina — servire da principio regolatore per i casi simili futuri. Si comprende quindi l'affermazione di un giudice della *House of Lords*, che, in un caso in cui questa corte era chiamata a pronunciarsi su una questione di misura del danno risarcibile, così si è espresso: « [...] se sussiste « una scelta fra un'interpretazione del diritto che sani una chiara e « riconosciuta ingiustizia nei casi normalmente verificantisi, a rischio « di rendere possibile in qualche caso la liquidazione di risarcimenti « eccessivi, oppure il lasciare il diritto com'è, credo che il nostro « dovere sia evidente. Noi dobbiamo utilizzare l'attività giudiziaria « (*judicial process*) allo scopo, per quanto possibile, di ricercare un

⁽¹⁹⁾ *Ivi*, 16.

⁽²⁰⁾ *Ivi*, 91.

⁽²¹⁾ *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 457, a p. 461 (e in *Collected Papers*, New York, 167, a p. 173).

⁽²²⁾ Così, giustamente, ricorda R. CROSS, *Precedent in English Law*², Oxford, 1977, 205.

⁽²³⁾ In tal senso, cfr. pure G. A. MICHELI, *op. cit.*, 57.

⁽²⁴⁾ *Ivi*, 38.

« principio giusto, fiduciosi che un saggio legislatore ne correggerà « eventuali difetti » »⁽²⁵⁾.

Di conseguenza, uno dei principali caratteri, anzi, uno dei valori del diritto giudiziario (in contrapposizione alle pretese di stabilità del diritto codificato) consiste proprio nella sua flessibilità-(adattabilità), quale si manifesta — in specie — nel rifiuto, tendenzialmente almeno, opposto dai giuristi inglesi alle astrazioni e generalizzazioni. Per dirla con le parole ancora di un giudice che fu componente illustre della *House of Lords*, « è di particolare importanza guardarsi contro il pericolo di principi giuridici espressi in termini più generali del necessario, dato che elementi essenziali possono essere omessi in una posizione troppo generica e che la capacità di adattamento intrinsecamente propria del diritto inglese può risulterne indebitamente « ristretta » »⁽²⁶⁾. Col rifiuto, appunto, delle astratte generalizzazioni si identifica « la metodologia » — come è stata definita — « dello sviluppo del diritto attraverso le decisioni giudiziali »⁽²⁷⁾.

Convieni qui richiamare alcuni rilievi formulati dal MERRYMAN⁽²⁸⁾, sulla « certezza del diritto » come principio che nel mondo giuridico anglo-americano « non viene elevato al rango di dogma » ma concepito « in termini più funzionali »: per i giuristi di *common law* — infatti — « certezza e flessibilità sono due valori in competizione, tendenti a « limitarsi reciprocamente »; viceversa, per i giuristi continentali « la « certezza costituisce un valore supremo [*rectius*, assoluto] » »⁽²⁹⁾.

2. All'esigenza di certezza (intesa soprattutto come « prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione ») viene di solito collegata la c.d. « dottrina del precedente » (*doctrine of precedent*), o *stare decisis* (secondo la terminologia più usata negli Stati Uniti).

Vi è, fra gli autori italiani, chi ritiene invece « inesatto porre il « tema dello *stare decisis* soltanto sotto il profilo della certezza o dell'« irrigidimento *giudiziale* del diritto » »⁽³⁰⁾.

⁽²⁵⁾ *Pickett v. British Rail Engineering Ltd.* [1978] 3 W. L. R. 955, per Lord WILBERFORCE, a p. 963.

⁽²⁶⁾ *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, per Lord ATKIN, a p. 584.

⁽²⁷⁾ *Home Office v. Dorset Yacht CO. Ltd.* [1970] 2 All ER 294, per Lord DIPLOCK, a p. 329.

⁽²⁸⁾ *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law* (trad. it. di A. De Vita), Milano, 1973, 73 ss.

⁽²⁹⁾ *Ivi*, 74.

Sulla compatibilità, peraltro, tra « certezza del diritto » e *common law* (= *case law*), con riguardo all'esperienza inglese, v. M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*², Milano, 1979, 202 ss.

⁽³⁰⁾ Così M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I, 171, a p. 237, dove si sostiene che il problema (delle regole) del precedente « va determinato in relazione a due fattori: giurisprudenza e Parlamento. I due fattori [...] sono tra loro funzionalmente collegati, tanto che si potrebbe dire che lo *stare decisis* acquisti, in Inghilterra,

Ciò che interessa tuttavia rilevare è che, sotto il profilo definitorio, la *doctrine of precedent* sfugge ad una formulazione univoca. Quanto all'efficacia, si distinguono infatti diversi tipi di precedenti giudiziari, oscillanti fra un massimo di obbligatorietà ed un minimo di persuasività⁽³¹⁾. Quanto, poi, al contenuto normativo dei precedenti, esso risulta variamente determinabile in base ai criteri di valutazione e di applicazione dei precedenti stessi, con particolare riguardo alla tecnica delle distinzioni⁽³²⁾. Invero, se formalmente il precedente è costituito dal principio di diritto posto a fondamento della decisione, la c.d. *ratio decidendi*, di fatto tale principio può risultare confuso con le opinioni (*dicta*) incidentalmente espresse dal giudice tra i motivi della sentenza. Di più, gli *obiter dicta* sono suscettibili anch'essi di acquistare autorità di precedente, sebbene «soltanto in misura più «attenuata e su basi concettuali parzialmente diverse»⁽³³⁾.

diversi valori in dipendenza da un'unica variabile e cioè dal rapporto tra legislazione parlamentare e legislazione giudiziale». In un senso in parte analogo, per un significativo esempio del modo di operare del sistema inglese dei precedenti non già, astrattamente, a fini di garanzia della certezza formale ma, concretamente, in rapporto alla dinamica o, meglio, alla dialettica dei poteri, legislativo e giudiziario, v. F. ALBISINNI - L. MOCCIA, *Termine di prescrizione, precedente giudiziale ed «ignorantia iuris»*, in *Foro italiano*, 1975, IV, 134 ss.

⁽³¹⁾ In punto, può vedersi, ad es., la classificazione fatta, a suo tempo, da G. A. MICHELI, *op. cit.*, 36 ss.

⁽³²⁾ Si veda, in argomento, un recente ed interessante contributo di J. A. C. THOMAS, *The Art of Distinguishing*, in *L'Educazione Giuridica* (a cura di A. Giuliani e N. Picardi), II, *Profili storici*, Perugia, 1979, 207 ss.

⁽³³⁾ Così, ad es., A. PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in *La dottrina del precedente giudiziale nella Corte costituzionale* (a cura di G. Treves), Torino, 1971, 31, a p. 41 (ed ivi AA. citt.).

Ma su questi ed altri aspetti, in generale, del sistema dei precedenti v., nella letteratura italiana: A. P. SERENI, *Studi di diritto comparato*, cit., specie pp. 15-21, 42-44 e 50 ss.; G. GORLA, «*Ratio decidendi*», principio di diritto (e «*obiter dictum*»), in *Foro italiano*, 1964, I, 433 ss.; ID., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «common law»*, in *Giurisprudenza italiana*, 1965, I, I, 1239 ss.; ID., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1969, 489 ss., specie § 6; M. LUPOI, *Pluralità di «rationes decidendi» e precedente giudiziale*, in *Quaderni del Foro italiano* (Suppl. al *Foro it.*), 1967, 200 ss.; ID., *Il giudice legislatore: una recente esperienza inglese*, in *Quaderni, ecc.*, 1968, 545 ss.; ID., *Il valore del precedente giudiziale in Inghilterra ed in Francia nel secolo ventesimo*, Ivi, 591 ss.; G. TREVES (cur.), *La dottrina del precedente giudiziale nella Corte costituzionale*, cit., ed ivi, sull'esperienza inglese e nord-americana, i contributi — rispettivamente — di D. THOMPSON, *Il precedente giudiziale nel diritto costituzionale inglese*, 141 ss., e P. G. KAUFER, *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, 215 ss.; G. CRISCUOLI, *La teoria del precedente e la regola dello «stare decisis»: differenze concettuali e notazioni storiche*, in *Economia e credito*, 1976, 483 ss.; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, dove pure viene considerata l'esperienza inglese, pp. 1-35; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna e Roma, 1977, 525-528, sulla nozione del precedente nel diritto inglese; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 567 ss.; R. MANDELLI

In Inghilterra, il fissarsi di un sistema di precedenti obbligatori risale ad epoca non molto lontana. Al riguardo, si legge — infatti — che: « [...] è solo dopo la prima metà del XIX secolo che la regola «del precedente», la quale vincola i giudici inglesi ad attenersi alle «regole poste dai loro predecessori, si è rigorosamente imposta»⁽³⁴⁾. Fra le ragioni che portarono ad attribuire forza vincolante (e non più solo una autorità morale o persuasiva o di mero fatto) ai precedenti, si annoverano: a) la tendenza legalista del XIX secolo (nel senso del prevalere un po' dovunque in Europa delle correnti del positivismo giuridico, le quali pure si fecero sentire fortemente al di là della Manica, dapprima col Bentham ed in seguito con l'opera dell'Austin, nonché con quella di giuristi quali Lord Lindley e Sir Fredrick Pollock)⁽³⁵⁾; b) la riorganizzazione, fra il 1873 e il 1876, della gerarchia delle c.d. «corti superiori» di giustizia inglesi (*House of Lords*, *Court of Appeal* e *High Court of Justice*)⁽³⁶⁾; c) da ultimo (ma non per ultimo, è il caso di dire), la migliorata qualità delle raccolte di giurisprudenza inglesi⁽³⁷⁾.

Con riguardo agli Stati Uniti d'America invece, è noto che la regola del precedente vi si trova applicata in maniera meno rigorosa. Nelle parole del MICHELI: «Alla rigidezza con la quale è osservato «lo «*stare decisis*» in Inghilterra fa contrasto l'estrema elasticità con cui i precedenti, anche delle supreme corti, sono seguiti in America»⁽³⁸⁾. Ancora questo A. precisa che: «Non vi è [...] negli Stati Uniti d'America un sistema di precedenti paragonabile a quello inglese, nel senso almeno che precedenti obbligatori non esistono. Le cause di questa differenza sono state assai bene poste in luce dal Goodhart [*Case Law in England and the United States*, in *Essays in Jurisprudence and the Common Law* (1931)]; sarà sufficiente ricordare qui la pluralità delle corti, che rende difficile la delimitazione

Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, 660 ss.; ID., *La determinazione e l'applicazione della ratio decidendi del precedente giudiziale nella common law*, Ivi, 1980, 301 ss.

⁽³⁴⁾ R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (ed. it. a cura di R. Sacco), Padova, 1973, 341-342.

⁽³⁵⁾ Sull'argomento v. i saggi di P. STEIN, *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*, in *La formazione storica del diritto moderno*, cit., III, 1107, a pp. 1119 ss., e *Legal Theory and the Reform of the Legal Education in Midnineteenth Century England*, in *L'Educazione Giuridica*, cit., II, 185, pp. 191-197.

⁽³⁶⁾ Sull'attuale struttura di queste corti e sul ruolo, nonché sullo status sia professionale sia sociale, dei giudici in esse sedenti, si vedano V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 52-112, e 114 ss., e, mi permetto di aggiungere, L. MOCCIA, *Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi*, specie i §§ 6-9, e 14-15, in *Ricerche sul Processo* (a cura di N. Picardi e A. Giuliani), di prossima pubblicazione.

⁽³⁷⁾ Su questo tema mi permetto di rinviare al mio *Appunti sul «law reporting» in Inghilterra*, in *Foro italiano*, 1978, V, 286 ss.

⁽³⁸⁾ *Contributo alla formazione giudiziale del diritto, ecc.*, cit., 53.

« delle gerarchie, l'immensa quantità di « reports » [raccolte di giuri-
« sprudenza], l'importanza assunta dalle questioni di diritto costitu-
« zionale, e la conseguente necessità di conservare al diritto la massima
« elasticità » (39).

È opportuno chiarire che il principio dello *stare decisis*, cioè il vin-
colo (quale che ne sia — in concreto — la forza) dei precedenti, non
è previsto — in generale — da alcuna norma di legge, ma riposa
sull'*usus fori*. Così, ad es., si è affermato che: « [...] la forza vinco-
lante dei precedenti poggia sopra una consuetudine giudiziaria; ma
« chi conferisce forza vincolante a quest'ultima? Gl'Inglese rispondono
« come risponderebbe la [...] scuola viennese [...] ricorrendo alla
« norma-base, ai c.d. *ultimate legal principles* [...] » (40). Invero, che
il principio dell'osservanza dei precedenti rappresenti, nell'evoluzione
storica del sistema inglese di diritto, il portato di una consuetudine
giudiziaria, trova riscontro in tutto il grande filone della letteratura
forense di *common law*, a cominciare dagli *Year Books* (XIII-XIV secc.),
attraverso gli *Abridgements* (o *Abridgements*, secondo la forma più antica
del termine) e gli *Old Reports* (XVI-XVIII secc.), per arrivare alle
serie dei moderni *law reports*, dal secolo scorso ai giorni nostri (41).
È qui il caso di segnalare in aggiunta che, come quella letteratura
inglese, così pure la letteratura forense continentale (le raccolte di
Decisiones soprattutto, nonché di *Consilia*, *Allegationes*, e simili), specie
con riguardo ai secoli XVI-XVIII, offre la possibilità di analoghi ris-
contri quanto all'esistenza, sul Continente europeo, ed in particolare
negli Stati italiani preunitari, di un vincolo all'osservanza dei prece-
denti formatosi, vuoi attraverso « l'argomentazione da testi del *Corpus*
Iuris giustiniano » vuoi sulla base di statuti, nonché in rapporto al-
l'accentramento della giustizia, al livello delle giurisdizioni di vertice
nei singoli Stati (42).

In Inghilterra peraltro, ancora di recente, uno fra i più autorevoli
giudici, e presidente, della *Court of Appeal*, Lord DENNING, nel ri-
vendicare a questa Corte il potere di recedere dalle proprie prece-
denti decisioni (alla maniera, cioè, della *House of Lords*, di cui già s'è
detto, e v. *infra*, sub 3), ha affermato che lo *stare decisis*, nelle sue
possibili articolazioni ed eccezioni, non sarebbe che una semplice

(39) *Ivi*, 54-55. Per analoghe considerazioni sul valore dello *stare decisis* negli
U.S.A. v. A. P. SERENI, *op. cit.*, 51-52; R. DAVID, *op. cit.*, 392-395. Notizie,
inoltre, sul diritto giudiziario nord-americano possono leggersi, sempre in lingua
italiana, in E. ALLAN FARNSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati*
Uniti d'America (trad. it. di R. Clarizia), Milano, 1979, 49 ss.

(40) W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, cit., 61, testo e nota 18.

(41) Sui caratteri e sulle fasi di sviluppo di tale letteratura mi permetto,
di nuovo, di rinviare al mio *Appunti sul « law reporting » in Inghilterra*, loc. cit.,
286 ss.

(42) Cfr. G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani, ecc.*, cit., pp. 470-
475, 483-512.

« prassi » dai giudici autoimpostasi come guida per sé medesimi, ed in quanto tale suscettibile — quindi — di venire modificata da parte dei giudici stessi o dei loro successori (43). La tesi tuttavia è stata severamente censurata, nel successivo grado di giudizio, dalla *House of Lords* (44).

L'affermazione — infine — secondo cui l'autorità dei precedenti non è prevista da alcun testo di legge trova nel caso dell'Inghilterra un'importante quanto significativa eccezione in materia di interpretazione ed applicazione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee nonché, in genere, di atti normativi comunitari. È stabilito infatti, dell'*European Communities Act, 1972, sec. 3 (1)*, che i giudici inglesi sono tenuti a conformarsi, in tale materia, « ai principi posti e ad ogni decisione rilevante pronunciata dalla Corte Europea ». Di conseguenza, le decisioni di questa Corte (che gli autori inglesi collocano, nella materia indicata, al vertice della scala gerarchica delle corti di giustizia nazionali) hanno, per espressa determinazione di legge, efficacia vincolante di precedenti nell'ambito dell'ordinamento inglese (45).

3. Accanto all'esigenza di stabilità e di certezza del diritto, che si vuole assicurata dal principio dello *stare decisis*, sussiste pure quella

(43) *Davis v. Johnson* [1978] 1 All ER 841, a p. 855.

(44) *Ivi, ibid.*, 1132.

(45) Cfr. WALKER & WALKER, *The English Legal System* (a cura di R. J. Walker), London, 1976, 127-128.

Può essere qui utile aggiungere che da noi è in generale riconosciuta, anche al di fuori del caso di specie, l'efficacia vincolante per i giudici nazionali delle sentenze che la Corte del Lussemburgo pronuncia « in via pregiudiziale » nella materia dell'« interpretazione » del Trattato di Roma o della « validità e interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità » (art. 177, Trattato C.e.e.). In particolare, secondo un orientamento giurisprudenziale oramai recepito, si ritiene che « l'esistenza di precedenti decisioni della Corte di giustizia « delle Comunità europee che hanno interpretato un regolamento comunitario « su richiesta di un giudice nazionale investito di una controversia identica esonera « i giudici, investiti successivamente di controversie dello stesso contenuto, dall'obbligo di richiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione del medesimo « regolamento qualora resti escluso che dopo le precedenti sentenze sussista alcun « dubbio interpretativo delle norme comunitarie idonee a dar vita a una questione »: Cass. S.U. 4 agosto 1977, n. 3461, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, I, 1, 2108, con nota di M. BERRI, *Ivi*, 2111. Analogo orientamento, favorevole cioè ad attribuire alle sentenze pregiudiziali-interpretative della Corte di giustizia del Lussemburgo una efficacia obbligatoria non limitata al caso di specie, si registra, poi, in altri Paesi del Continente europeo membri della Comunità: v., sul punto, P. GORI, *La progressiva affermazione giudiziaria del diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 1969, II, 198 ss., specie 212-213. Sotto un profilo distinto da quello, testé rilevato, dei limiti (esterni) di efficacia delle sentenze interpretative rese dalla Corte di giustizia, ma ugualmente connesso al problema del valore di precedente delle medesime, si pone l'altro e più specifico problema dell'obbligo della Corte stessa di rispettare la propria giurisprudenza « interpretativa »: v., al riguardo, G. M. UBERTAZZI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, 481 ss., ed *ivi* riferimenti bibliografici.

del mutamento giurisprudenziale in risposta all'evoluzione dei tempi e della società. Per ricordare un celebre motto del CARDOZO: « Il diritto « deve essere stabile e tuttavia non può restar fermo » »⁽⁴⁶⁾. Nel sistema di *common law* anche quest'altra esigenza trova, per così dire, una propria disciplina, formata da principi correttivi e da eccezioni rispetto al vincolo del precedente. Rileva in proposito la nozione di « *overruling* », termine usato — in senso ampio — per indicare manifestazioni differenti di un medesimo fenomeno, consistente nel togliere efficacia ad un precedente giudiziale, ossia alla sua *ratio decidendi*, nonché — eventualmente — alla soluzione ivi espressa (salvo — s'intende — l'effetto di giudicato, tra le parti, della decisione). Non è possibile soffermarsi, qui, sulle diverse specie — in senso tecnico — di *overruling* (« *express* » o « *implied* »), né sulle linee di demarcazione, peraltro intuitive, che separano l'*overruling* rispettivamente dal *distinguishing* e dalla riforma della sentenza impugnata (« *appeal* »). Vale la pena invece di notare che il « *power to overrule* » è attribuito esclusivamente ai giudici di vertice (o, con terminologia inglese, « *appellate courts* »), nei confronti dei giudici ad essi subordinati. L'esercizio di tale potere, secondo la scala gerarchica delle corti, rappresenta quindi un modo per vagliare il precedente (principio di diritto) posto dall'organo di grado inferiore riguardo alla soluzione di una determinata fattispecie. Così, nel sistema giudiziario inglese, la *High Court* è soggetta al *power to overrule* della *Court of Appeal*, e tanto l'una quanto l'altra sono poi soggette alla *House of Lords*. In questo senso, l'*overruling* (= *act of a superior authority*) si configura come una sorta di « sindacato » sulla correttezza e validità ('bontà') dei precedenti. Analogamente, con *overruling* si indica il caso in cui l'organo giurisdizionale di grado superiore interviene per togliere efficacia ad un proprio precedente, riconoscendolo erroneo e, comunque, non più valido. È bene inoltre tener presente che alcuni autori inglesi si servono dell'espressione « *disregard of a precedent* » per abbracciare insieme col fenomeno dell'*overruling* (o mutamento giurisprudenziale vero e proprio) l'ipotesi della difformità di precedenti, che si verifica quando un giudice successivo ma di pari grado a quello che ha posto in essere l'originario precedente decide di non seguirlo (« *refusal to follow a precedent* »), ponendo a sua volta un nuovo e diverso precedente *in pari materia*, che viene così ad affiancarsi al primo, anche se con esso contrastante. In tal caso, sarà la pronuncia del giudice superiore a risolvere l'eventuale antinomia, accogliendo un unico orientamento⁽⁴⁷⁾.

Del termine *overruling* sono state offerte dagli autori italiani varie traduzioni: v'è, ad es., chi parla di « rovesciamento » e, talvolta, di

⁽⁴⁶⁾ *Il giudice e il diritto* (ed. it. a cura di V. Gueli, tratta da *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, 1947), Firenze, 1961, 156.

⁽⁴⁷⁾ Si veda, al riguardo, SALMOND, *On Jurisprudence*¹¹ (a cura di G. Williams), London, 1957, 167-168.

« non osservanza » ⁽⁴⁸⁾, e chi di « reiezione » di un precedente giudiziale ⁽⁴⁹⁾. Ma la versione che sembra preferibile, come la più aderente al carattere — in teoria — eccezionale e alle effettive conseguenze del ricorso all'*overruling*, è quella proposta a suo tempo dal BIGIAVI, che rende il termine con « disapprovazione », « eliminazione » di un precedente: « l'*overruling* si sostanzia nella disapprovazione, nell'eliminazione del principio racchiuso in un precedente [riconosciuto] eroneo » ⁽⁵⁰⁾. Osserva ancora questo A. che: « l'*overruling* non può « giuridicamente qualificarsi come un'abrogazione (cioè come una sostituzione di nuovo diritto a vecchio diritto), ma come una semplice « eliminazione di ciò che pareva, ma non era effettivamente diritto » ⁽⁵¹⁾; ossia, come « la negazione ufficiale e vincolante (*authoritative denial*) « che una supposta regola di diritto sia mai esistita » ⁽⁵²⁾. Di conseguenza: « all'*overruling* si attribuisce efficacia retroattiva, in quanto « si ammette che il nuovo precedente possa applicarsi anche a fatti « specie prodottesi sotto l'impero del precedente eliminato ». Si tratta, invero, di una retroattività « necessaria », legata al modo stesso di operare del *case law* come *ex post facto law* ⁽⁵³⁾.

Tuttavia, mentre in Inghilterra l'*overruling* con effetti retroattivi è prassi assolutamente costante ⁽⁵⁴⁾, negli Stati Uniti invece, la preoccupazione di annullare o, almeno, di limitare i gravi svantaggi derivanti dalla retroattività dei *révirements* giurisprudenziali ha portato ad accogliere il « *prospective overruling* », con cui il giudice annuncia che per il futuro non seguirà più il precedente disapprovato, quest'ultimo continuando però ad applicarsi al caso in decisione, come a tutti gli altri sorti nel frattempo. Tra i primi, in America, a pronunciarsi per l'ammissibilità del *prospective overruling* fu Benjamin CARDOZO con l'*opinion* da lui data, nella veste di giudice della Corte Suprema federale, in *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, del 1932 (287 U.S. 358).

Riguardo a questa particolare 'tecnica' di mutamento giurisprudenziale, notava già il BIGIAVI che essa « non costituisce, in senso assoluto, una novità »; con ciò richiamando (sulla scorta del TRUMMER, *Die Gewohnheit als kirchliche Rechtsquelle*, Wien, 1932) l'esperienza del diritto canonico in materia di riprovazione della consuetudine irrazionale, là dove, « a seconda che la consuetudine urti contro il diritto

⁽⁴⁸⁾ Così G. A. MICHELI, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁴⁹⁾ Così M. LUPOI, *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quaderni del Foro italiano* (Suppl. al *Foro it.*), 1969, 721 ss.

⁽⁵⁰⁾ *Appunti sul diritto giudiziario*, cit., 90.

⁽⁵¹⁾ *Ivi*, 79.

⁽⁵²⁾ *Ivi*, 82.

⁽⁵³⁾ *Ivi*, 85-86.

⁽⁵⁴⁾ R. CROSS, *op. cit.*, 229, parla appunto di « *current invariable English practice of retrospective overruling* ».

« divino o contro il diritto della Chiesa », opera — rispettivamente — « la riprovazione *per modum declarationis* » (assimilabile, cioè, all'*overruling* con effetto retrattivo) e « la riprovazione *per modum dispositionis* », grazie alla quale « la consuetudine, riconosciuta esistente per il passato, è dichiarata nulla, perché irrazionale, per il futuro » ⁽⁵⁵⁾. Sotto un medesimo profilo, ancor più interessanti sono i rilievi del GORLA sull'irretroattività dei *révirements* giurisprudenziali, « a tutela degli affidamenti fatti sulla *consuetudo iudicandi* », quale principio riscontrabile nell'esperienza del nostro diritto comune fra i secoli XVII e XVIII ⁽⁵⁶⁾.

Per tornare, comunque, al *prospective overruling*, c'è da aggiungere che esso, disponendo (a differenza dell'*overruling*) *de cetero*, finisce col risultare equivalente, negli effetti, ad un'abrogazione. Per cui, se si ritiene — d'accordo col BIGIAVI — che « la maggiore differenza fra diritto legislativo e diritto giudiziario consiste nel fatto che, a stretto rigore, soltanto il primo possiede efficacia abrogante » ⁽⁵⁷⁾, ne consegue, sotto questo aspetto e a tali effetti, l'equiparazione tra *statute law* e *case law* nel sistema giuridico statunitense. Si concilia con ciò, e ne vale conferma, il rilievo, ove riferito alla vita delle istituzioni giudiziarie statunitensi, secondo cui « il ricorso al *prospective overruling* « è direttamente proporzionale al grado di consapevolezza della funzione legislativa delle corti di ultima istanza e strettamente collegato alla concezione del potere giurisdizionale prevalente tra i loro giudici » ⁽⁵⁸⁾.

Una ricognizione, sia pure sommaria come quella fin qui svolta, dei profili definitori dell'*overruling*, non può concludersi senza che venga fatto cenno, rapidamente, alle ragioni e condizioni di esercizio del *power to overrule*, inteso soprattutto come il potere dei giudici delle istanze supreme di recedere dalle proprie precedenti decisioni. Si tratta di un potere ad un tempo eccezionale, in ossequio alla regola dello *stare decisis*, e discrezionale, cioè potenzialmente libero di esplicarsi secondo criteri di opportunità lasciati alla valutazione — che dev'essere peraltro, di fatto, motivata — dei giudici, ai quali spetta, nel sistema di *common law* (= *case law*), come già è stato visto (*sub I*), il compito istituzionale di ricercare un principio 'giusto' di soluzione del caso concreto da decidere, in quanto esso è destinato a valere anche per i casi simili.

Riguardo all'Inghilterra, giova ricordare ancora una volta la dichiarazione (*Practice Statement*) con cui la *House of Lords* si è attribuita, dal 1966, il potere di mutare la propria giurisprudenza. Vi si legge in particolare che:

⁽⁵⁵⁾ *Appunti, ecc.*, cit., 88-8.

⁽⁵⁶⁾ *I tribunali supremi, ecc.*, cit., 504-505.

⁽⁵⁷⁾ *Appunti, ecc.*, cit., 92, nota 125.

⁽⁵⁸⁾ R. MANDELLI, *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis, ecc.*, loc. cit., 673.

« Le Loro Signorie considerano l'uso del precedente come indispensabile fondamento per stabilire qual'è il diritto e deciderne l'applicazione ai singoli casi. Questo offre almeno un qualche grado di certezza su cui gli individui possono fare affidamento nel condurre i loro affari, così come una base per l'ordinato sviluppo delle norme giuridiche.

« Le Loro Signorie ciò non di meno riconoscono che un'aderenza troppo rigida al precedente possa portare in certi casi a soluzioni ingiuste ed altresì restringere indebitamente l'opportuno sviluppo del diritto. Si propongono, per tanto, di modificare l'attuale prassi e, pur considerando le proprie precedenti decisioni come normalmente vincolanti, di recedere da una decisione precedente nei casi in cui appaia giusto farlo.

« In tale evenienza sarà tenuto presente il pericolo di turbare retroattivamente la base su cui sono stati formati contratti, atti dispositivi di beni e dei relativi diritti ed accordi riguardanti il fisco, nonché il particolare bisogno di certezza nel campo del diritto penale [...]» ⁽⁵⁹⁾.

Negli Stati Uniti, sia la Corte Suprema federale che gli organi giurisdizionali di vertice all'interno dei singoli Stati possono recedere dalle proprie precedenti decisioni. Tuttavia, rilevano qui, in apparenza almeno, restrizioni più marcate e precise al potere di *overrule*, dettate — principalmente — dall'esigenza di tutela dell'« affidamento dei consociati » ⁽⁶⁰⁾. In generale, comunque, tanto nell'esperienza inglese quanto in quella nord-americana, un limite all'attività creativa del giudice e con essa al potere di mutare giurisprudenza è dato dalle « restrizioni non facili a definire, ma avvertibili, per quanto impalpabili possano essere, da ogni giudice o uomo di legge [...] stabilite dalle tradizioni dei secoli, dall'esempio di altri giudici, suoi predecessori e colleghi, dal giudizio collettivo del ceto professionale e dal dovere di aderenza allo spirito che permea il diritto » ⁽⁶¹⁾.

4. Sul piano della dialettica interna al sistema dei precedenti, nel senso ampio del *disregard of a precedent* (v. *sub* 3), oppure di fronte a casi nuovi per la cui soluzione non esiste alcun precedente, grande e spesso decisiva importanza assumono le considerazioni (ragioni) di « *public policy* ».

Come vien fatto osservare « il precedente può essere *disregarded*, e cioè non seguito, se vi è stato un cambiamento nei concetti di

⁽⁵⁹⁾ Traduzione dal testo originale pubblicato in [1966] 1 W.L.R. 1234, e in [1966] 3 All ER 77.

⁽⁶⁰⁾ Sul tema v. M. LUPOI, *Valore dichiarativo della sentenza, ecc., loc. cit.*, e *adde* ora R. MANDELLI, *op. e loc. ult. cit.*, 669-670.

⁽⁶¹⁾ Così B. CARDOZO, *Il giudice e il diritto*, cit., 54.

« ordine pubblico e di politica sociale (*public policy*) che possono avere « rilevanza per la questione decisa »⁽⁶²⁾. Gli è peraltro, come pure si fa rilevare, che « il concetto di *public policy* non è certo di facile « definizione e gli stessi autori inglesi ed americani mostrano la più « grande incertezza al riguardo »⁽⁶³⁾.

Invero, l'espressione *public policy* (o, semplicemente, *policy*, ed altre composte con questo termine), anziché indicare un 'concetto' dai contenuti più o meno precisi o precisabili, allude piuttosto ad una 'tecnica' o, meglio, ad un modo di pensare e di esplicitare la funzione giurisdizionale con riferimento (anche) a criteri di giudizio tratti dalla vita morale, sociale ed economica di individui e gruppi in un determinato paese e momento storico. In tal senso, P. H. WINFIELD parla di « un canone di *judicial lawmaking* »⁽⁶⁴⁾, e definisce *public policy* — sinteticamente — come « un principio di legislazione giudiziale o « di interpretazione fondato sui bisogni attuali della comunità »⁽⁶⁵⁾. Sempre in questo ordine di idee, il ricorso alla *public policy* dovrebbe servire a bilanciare e contemperare gli interessi di singoli gruppi o settori sociali confliggenti tra di loro o rispetto a quelli dell'intera comunità, ma sul presupposto comunque della subordinazione del vantaggio particolare all'interesse pubblico generale⁽⁶⁶⁾. In definitiva, la *public policy* è uno strumento della discrezionalità del giudice di *common law*, che ne suppone e ne riflette quindi la posizione di artefice del diritto (v. *sub* 1).

Sotto il profilo applicativo, osserva ancora il WINFIELD che caratteristica essenziale della *public policy* è la sua indeterminatezza: « La *public policy* è necessariamente mutevole. Essa può variare non solo « da un secolo all'altro, da una generazione all'altra, ma persino nell'arco di una stessa generazione. Essa inoltre può variare riguardo « ai particolari temi che possono esservi inclusi, come pure riguardo « alle norme concernenti un qualunque particolare argomento »⁽⁶⁷⁾. Accanto poi a questa indeterminatezza, anzi insieme con essa, sta la diversa consistenza che la *public policy* prende a contatto con l'ordinamento. Può avvenire, infatti, che la *public policy* solidifichi in una vera e propria norma giuridica, come tale eliminabile o modificabile

⁽⁶²⁾ Così, ad es., A. P. SERENI, *Studi, ecc.*, cit., 16.

⁽⁶³⁾ Ciò, secondo un commento di G. BERNINI, *Gli « Studi di diritto comparato » di Angelo Piero Sereni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, 1099, a p. 1102, nota 5, dove si riconosce però che « l'evidente elasticità del concetto di *public policy* [...] se da un lato ne rende ardua la definizione, dall'altro soddisfa l'esigenza di una continua rispondenza tra la norma giuridica e la realtà economico-sociale in perenne mutamento ».

⁽⁶⁴⁾ *Public Policy in the English Common Law*, in *Harvard Law Review*, 1928 (vol. 42), 76, a p. 80.

⁽⁶⁵⁾ *Ivi*, 92.

⁽⁶⁶⁾ *Ivi*, 92-93 e 99.

⁽⁶⁷⁾ *Ivi*, 93-94.

soltanto a mezzo di una legge del Parlamento. Può accadere, invece, che la *public policy*, solo parzialmente solidificata in precetti giuridici, continui ad esercitare su di essi la sua influenza, plasmandoli nel senso delle nuove esigenze emergenti. Una terza ipotesi, infine, è quella in cui la *public policy*, senza avere alcuna formale consistenza giuridica, viene applicata di fatto, secondo le circostanze del singolo caso ⁽⁶⁸⁾.

Un altro passaggio significativo dell'analisi del WINFIELD è quello riguardante il problema dell'accertamento della *public policy*. « Se è « così mutevole, se poggia sul benessere (*welfare*) della comunità [volta « a volta concepito] in un dato tempo, come devono fare i giudici per « accertarla? » ⁽⁶⁹⁾. Orbene, pur tra orientamenti diversi ed anzi discordi, « il punto di vista migliore — secondo l'A. — sembra esser « quello per cui la difficoltà di scoprire quale è la *public policy* in « ciascun determinato momento, non assolve di certo i giudici dal « dovere di ricercarla. I giudici sono tenuti ad avere nozione (*to take* « *notice*) di essa e dei cambiamenti via via subiti, ed è irrilevante che « la questione [dell'accertamento] possa essere di tipo morale piuttosto « che giuridico » ⁽⁷⁰⁾. Nel far ciò — continua l'A. —, i giudici si baseranno su quelle che sono « ' le opinioni degli uomini comuni ' » (*' the opinions of men of the world '*), siccome distinte dalle nozioni di scienza giuridica ⁽⁷¹⁾. All'uopo, un ruolo importante viene riconosciuto all'avvocatura (il *Bar*), come rappresentante ed interprete della coscienza e dell'opinione pubblica ⁽⁷²⁾.

5. Un ultimo cenno merita d'esser fatto a proposito del rapporto tra « diritto giudiziario » (*case law*) e « metodo casistico » (*case method*).

Come è noto, l'iniziatore del *case method* (o *case system*), applicato a fini didattici, fu il LANGDELL (1826-1906), docente nell'Università di Harvard dal 1870 al 1895, ed autore del primo *case book* americano (intitolato *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871) ⁽⁷³⁾. A proposito di questo metodo è stato osservato che il Langdell « introdusse il *case-method*, sotto l'influsso della scienza giuridica europea « seguendo l'aspirazione allo studio sistematico del diritto »; sicché, « attraverso l'introduzione di un metodo di istruzione che poteva « apparire l'esaltazione del precedente », in realtà veniva operata « una « rivoluzione profonda, ossia proprio l'allontanamento dal principio del « precedente » » ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁸⁾ Per questa descrizione v. *Rodriguez v. Speyer Bros.* 1919 A.C. 59, per Lord HALDANE, a pp. 77-81, cit. da WINFIELD, *Ivi*, 96.

⁽⁶⁹⁾ *Ivi*, 96-97.

⁽⁷⁰⁾ *Ivi*, 97.

⁽⁷¹⁾ *Ivi, ibid.*, riprendendo un'affermazione di Lord HALDANE in *Rodriguez v. Speyer*, cit., a p. 79.

⁽⁷²⁾ WINFIELD, *Ivi*, 97.

⁽⁷³⁾ Sullo schema e sul contenuto del testo di Langdell v. G. DE NOVA, *I libri di casi*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, II, 105 ss., a p. 106 nota 5.

⁽⁷⁴⁾ Così A. GIULIANI, *Sistematica e « case method » come metodi di istruzione*

Ciò detto, è interessante però notare come da noi il modello statunitense di *case method* (per vero, non più quello delle origini langdelliane, ma le versioni di esso sviluppatesi durante la prima metà del secolo sotto la spinta di sollecitazioni critiche di varia provenienza) sia stato visto e proposto, a partire dagli anni '50, in funzione alternativa al metodo logico-sistematico ('dogmatico') e correttiva degli aspetti deteriori o degenerativi di quest'ultimo (il 'formalismo' e 'concettualismo'). È di quegli anni la lezione del GORLA sull'utilità sia scientifica sia didattica (e non solo a fini di formazione professionale ma in senso propriamente educativo) del metodo «problematico-casistico» (essenzialmente inteso come «il metodo del problema del diritto nel caso concreto»), annunciata con un saggio-testimonianza su *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America* (in *Rivista del diritto commerciale*, 1950, I, 320 ss.), e tradottasi nell'opera *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (Milano, 1954, 2 Voll.: v. la *Prefazione*, I, e le *Avvertenze Generali*, II) (75).

Né va dimenticato, infine, che la «recezione» del metodo casistico, se rispondeva allora (per usare parole del Gorla) ad un «bisogno di concretezza», pure rispecchiava l'interesse ad una maggiore apertura verso le esperienze di altri Paesi, quelli specialmente dell'area di *common law*. In tal senso, il metodo casistico-giurisprudenziale (integrato a quello problematico), siccome strumento di ricerca e di verifica del diritto effettivamente vigente (*law in action*), rappresentava, ed ancora rappresenta, un ponte necessario per la comunicazione e comparazione giuridica (76).

giuridica, in *Jus*, 1957, 319, a p. 320. Nello stesso senso v. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., 12.

(75) V. ora G. GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Foro italiano*, 1980, V, I ss.

Negli stessi anni, l'adozione del *case method* a fini didattici soprattutto, in risposta alla crisi del tradizionale metodo manualistico-istituzionale d'istruzione giuridica, veniva propugnata da E. ALLORIO, *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 1326 ss. Al riguardo, cfr. inoltre G. BERNINI, «*Equity*», «*Casebooks*» e *metodo casistico nelle scuole americane di diritto*, *Ivi*, 1959, 1533, a pp. 1546-1548. Da ultimo, per una riflessione sul fenomeno della «recezione del *case book* in Italia», nonché sul problema del rapporto tra metodo casistico e insegnamento del diritto, v. G. DE NOVA, *op. e loc. cit.*, nn. 1 e 4.

(76) Cfr. G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1963, 928, specie i §§ 8-II.

Civil Law

1. « *Civil law* », e ordinamento giuridico interno.
2. « *Civil law* » come « antagonista » di « *Common law* ».
3. Dall'idea della contrapposizione all'idea della comunicazione « *civil law* - *common law* » (o del « diritto comune europeo »).

I. L'espressione « *civil law* » si trova usata presso i giuristi di lingua inglese in diversi significati.

Giusta una prima accezione, per *civil law* s'intende « il diritto positivo (*established law*) di ogni nazione, comunità o collettività politica; quello stesso che è comunemente chiamato diritto patrio (*municipal law*) » (1). In modo analogo, *civil law* viene intesa come « la regola di condotta (*rule of action*) che ogni nazione, comunità o collettività politica stabilisce per sé, e che più propriamente è indicata « col nome di *municipal law* » (2).

Può essere il caso, qui, di aggiungere che sul Continente europeo, nei secoli XVI-XVIII, si parlava di « *jus particulare, seu municipale civile* », come diritto nazionale o locale, distinto cioè dal « *jus commune civile Romanorum* » (ossia « *stricta significatione [...] illud, quod est auctoritate Romanae Reipublicae, seu Romani Imperii, conditum, atque registratum juxta compilationem Justiniani* ») (3).

In una seconda e più ristretta accezione, *civil law* designa la parte dell'ordinamento giuridico interno (*municipal law*) che, nei paesi cosiddetti di *common law*, abbraccia — storicamente — sia i rapporti tra privati (o *ius privatorum* in senso stretto) sia quelli, pure disciplinati

(1) Così, ad es., HOLTHOUSE'S, *New Law Dictionary* 2, London, 1846.

(2) WHARTON'S, *Law Lexicon, or Dictionary of Jurisprudence* 4, London, 1867. Una definizione identica è riportata dal BLACK'S, *Law Dictionary* 4, St. Paul, Minn., 1951, dove viene altresì precisato che l'espressione si distingue, in tal senso, da « diritto naturale » e da « diritto internazionale ».

Sull'uso, ritenuto criticabile, di *municipal law* e, a partire dalla fine del secolo scorso, anche di « *positive law* », in luogo di *civil law*, v. SALMOND, *On Jurisprudence* (a cura di G. Williams), London, 1957 (1ª ed., 1902), 36-37, dove si afferma che « il nome *civil law* [...] il più proprio e conveniente titolo con cui distinguere il diritto della nazione (*law of the land*) da altre forme di diritto [...] è derivato dal *jus civile* dei Romani » (nel senso, appunto, di diritto della *civitas*, o dello Stato).

(3) Così il Cardinal DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Justitiae* (ed. Venezia, 1706; prima ed. Roma, 1669-1673), *Lib. XV, Pars I, De Jūdicis, Disc. XXXV*, nn. 15, 19-20.

dalla normativa di 'diritto comune', tra pubblica amministrazione e cittadini. In tal senso, l'espressione viene distinta da *criminal law* (4).

2. Ambedue le accezioni suddette sono, comunque, piuttosto inconsuete. Rispetto ad esse, prevalente appare l'uso che dell'espressione medesima i giuristi di *common law* hanno fatto, storicamente, per marcare le distanze fra il 'loro' diritto (ritenuto d'origine autoctona, in quanto prodotto — cioè — della 'nazionalità' anglo-sassone) e quello (d'importazione) 'continentale', fondato sulla recezione e interpretazione del *Corpus juris* giustiniano. Fin da epoca medioevale (con l'opera specialmente di Sir John FORTESCUE, *De Laudibus Legum Angliae*), ed ancor più in seguito (con il consolidarsi della corporazione dei *common lawyers*, fautori dell'avvento di un 'diritto patrio' monopolio esclusivo delle loro corti), l'espressione *civil law* prese a caricarsi di accenti polemici (soprattutto come sinonimo di *ius imperiale*, 'Imperial Law'), assumendo natura e funzione ideologica di esponente usato per indicare un sistema giuridico estraneo e diverso, visto — *in negativo* — come 'antagonista' di quello 'nazionale' (*common law*). Salvo a tornare più avanti sull'argomento, deve qui aggiungersi che a questo uso prevalente dell'espressione ha fatto riscontro — *in positivo* — l'attribuzione ad essa di una molteplicità e varietà di contenuti tecnici sfumanti, per così dire, l'uno nell'altro, in uno sviluppo terminologico assai ampio (anche se non sempre univoco) dove sono raccolti almeno i seguenti significati: di « *corpus juris* giustiniano »; di « diritto romano comune quale risulta dall'*interpretatio* « fattane nei secoli XII-XIX »; di « insieme dei diritti aventi una impronta (sostanziale o, in certe parti, soltanto formale) romanistica »; di « diritto continentale (espressione anche questa di origine inglese) « nel suo complesso, anche nelle parti non aventi quell'impronta » (5). Conviene peraltro menzionare la definizione del BLACKSTONE, secondo cui ciò che s'intende per *civil law* (da parte dei giuristi di *common law*) è, precisamente, il 'diritto dell'impero romano' (« *the civil or municipal law of the Roman empire* »), qual'è contenuto nei testi della compilazione giustiniana (6).

(4) Così, ad es., BLACK'S, *Law Dictionary*, cit., e RADIN, *Law Dictionary*, New York, 1955. Nel SALMOND, *op. cit.*, 36, si legge — in termini equivalenti, sebbene più generali — che « l'espressione *civil law* è inoltre usata per significare, non l'intero corpo di diritto nazionale, ma solo ciò che residua di esso dopo aver dedotto qualche particolare porzione avente uno speciale titolo suo proprio ».

Sulla « *generica distinctio* », riguardo al nostro diritto comune (secc. XVI-XVIII), tra materie « civili » e « criminali », v. ancora DE LUCA, *Theatrum*, cit., *De Judiciis, Disc. Generalis*.

(5) G. GORLA, *Prolegomeni ad una storia del diritto comparato europeo*, in *Foro italiano*, 1980, V, II, a c. 16, nota 6.

(6) *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-69, I, 80.

In questo senso, ad es., il WHARTON'S, *Law Lexicon*, cit., informa che « *Civil Law* » e « *Roman Law* » indicano lo stesso sistema di diritto, a sua volta frequen-

La moderna storiografia giuridica inglese ha conservato, per certi versi anzi accentuandolo, l'uso dell'espressione *civil law* in chiave di contrasto ('rivalità') con il diritto patrio (*common law*) (7).

Oggi, la stessa espressione viene correntemente usata, in particolare fra gli studiosi di comparazione giuridica, per designare — nel complesso — la 'tradizione romanistica' (« il diritto romano, sia nel senso « di diritto romano classico, sia nel senso di diritto intermedio, sia in « quella forma di *ius commune* dell'Europa continentale nei secoli XVII, « XVIII e XIX »), nonché il gruppo dei moderni diritti dell'Europa (centro-sud) continentale e loro derivazioni (« quei sistemi giuridici « alla cui formazione il diritto romano ha arrecato un contributo fondamentale, e in particolar modo il diritto italiano, francese, tedesco « e quello degli altri Paesi dell'Europa continentale e dell'America « latina ») (8).

Ma v'è pure chi, come il DAVID, preferisce parlare, a proposito del gruppo dei diritti dell'Europa continentale, di « *famille romano-germanique* » (9). Scrive, infatti, questo A.: « La famiglia romano-germanica « [...] si è formata attraverso gli sforzi comuni delle Università europee, « che, dal secolo XII, hanno elaborato e sviluppato, sulla base delle « compilazioni dell'imperatore Giustiniano, una scienza giuridica comune « a tutti [i paesi dell'Europa continentale]. L'epiteto *romano-germanico* « è scelto per rendere omaggio a questi sforzi comuni, compiuti sia nelle « Università dei paesi latini sia in quelle dei paesi germanici » (10).

È fin troppo evidente, tuttavia, che il problema (storico e storiografico insieme) della definizione dell'identità propria di ciascuna delle due maggiori tradizioni giuridiche europee, nonché quello — per parecchi aspetti connesso — dei loro rapporti, vanno al di là delle dispute nominalistiche, indubbiamente pur ricomprendendole, se è vero che la scelta di qualsiasi denominazione porta con sé, in modo più o meno scoperto e consapevole, una determinata concezione (e soluzione) di

temente denominato, quindi, « *Roman Civil Law* ». Cfr., altresì, BLACK'S, *Law Dictionary*, cit., e JOWITT, *The Dictionary of English Law*, London, 1959.

(7) Si veda, in proposito, di F. W. MAITLAND (1850-1906) il discusso saggio *English Law and the Renaissance* (Rede Lecture, 1901) in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, I, Boston, 1907, 168 ss.

(8) Così, ad es., M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity* (trad. it. a cura di G. Bernini, G. Bognetti e D. Libonati), in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 914.

Un panorama di sintesi delle componenti e delle caratteristiche principali (o così, solitamente, ritenute) del sistema di *civil law* nel contrasto con quello anglo-americano è offerto da J. H. MERRYMAN, *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law* (trad. it. di A. De Vita), Milano, 1973.

(9) *Les grands systèmes de droit contemporains*?, Paris, 1978 (1ª ed., 1964).

(10) *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (ed. it. a cura di R. Sacco), Padova, 1973, 19-20. Per una descrizione dei caratteri, in senso storico-culturale, che contraddistinguerebbero il sistema romano-germanico di diritto rispetto a quello, in particolare, di *common law*, v. *Ivi*, 29 ss.

quegli stessi problemi. D'altronde, è innegabile che l'uso di formule brevi (o, se si vuole, di comodo) venga utile, anche a rischio di qualche ambiguità, per indicare fenomeni articolati e complessi quali nemmeno lunghe perifrasi sarebbero, forse, capaci di rendere appieno. Sicché, a questi fini, espressioni come 'civil law' o 'diritto continentale' ('*Continental law*', spesso pure impiegata dai giuristi di lingua inglese), o 'famiglia romano-germanica', ed altre ancora, possono considerarsi — sotto il profilo terminologico — equivalenti.

Comunque, ciò che qui più preme sottolineare è che l'uso ricevuto di tali formule è nel senso della separazione e contrapposizione rispetto agli altri diritti centro-europei di quello inglese (*common law*), visto essenzialmente come l'unico che nel suo sviluppo storico sia rimasto immune dalla massiccia recezione del testo giustiniano (11). Si diceva per l'innanzi che questo modo tradizionale e tuttora prevalente di intendere i rapporti fra *English (common) law* e *Roman (civil) law*, che fa perno cioè sull'« antagonismo » fra i due sistemi, appartiene tanto alla storia quanto alla storiografia giuridica inglese. Invero, quest'ultima appare dominata dall'idea dell'autonoma formazione ed evoluzione del diritto patrio, nonché dall'altra e complementare dell'insularità di esso, chiuso e resistente alle influenze della cultura giuridica continentale. Due ordini di motivi possono invocarsi al riguardo. In primo luogo, la precoce realtà dello Stato nazionale inglese, rappresentata appunto dal 'diritto consuetudinario' comune a tutto il regno, e radicantesi nel sentimento dell'identità fra tradizione di *common law* (= *general custom of the realm*) e valori nazionali. Inoltre, peso determinante ebbe la lotta politico-istituzionale a sfondo religioso e di classe che, intorno alla metà del Seicento, portò allo scontro armato fra parlamento e monarchia inglesi. All'interno di essa si inseriva il conflitto, insieme di potere e di interessi professionali, fra la corporazione dei *common lawyers* (con le loro corti) ed i *civilians*, giuristi forensi educati (nelle università di Oxford e Cambridge) allo studio dei testi del diritto romano e degli interpreti continentali (nonché, almeno fino al *Reformation Parliament*, 1529-1536, di quelli del diritto canonico). Organizzati anch'essi in una corporazione (nota col nome di *Doctors' Commons*), ai *civilians* veniva riservato il monopolio delle cariche giudiziarie e dell'esercizio dell'avvocatura in alcune corti di giustizia (fra cui, principalmente, quelle ecclesiastiche, quella dell'Ammiragliato e, ancora fino al XVII sec., quella di *equity*), tutte accomunate dal fatto che vi si seguivano procedure e vi si applicavano norme basate sulla tradizione romanistica (in senso lato) (12). Come è

(11) Cfr., ad es., fra tanti, G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* (ed. it. a cura di A. Baratta), Milano, 1962, 5-6.

(12) Su ciò v., ad es., A. DÜCK, *De Usu & Autoritate Juris Civilis Romanorum, per Dominia Principum Christianorum*, ed. Londra, 1689, II, Cap. VIII.

noto, le mire assolutistiche degli Stuart, la cui causa fu sposata, in particolare, da una maggioranza dei *civilians*, vennero associate alla concezione della *Roman (civil) law* quale strumento e forma di legittimazione della tirannide imperiale. Sicché, l'opposizione del parlamento, al cui fianco era schierata in buona parte la corporazione dei *common lawyers*, acquistò il significato non solo di rivolta contro il dispotismo regio ma, insieme, di rifiuto (ideologico) del 'diritto romano', suo supposto veicolo. Naturalmente, gli esiti di quelle vicende politico-istituzionali, data la loro enorme e decisiva importanza rispetto al sorgere dello Stato liberale e del moderno diritto inglesi, non potevano non riflettersi sul piano della storiografia (sia contemporanea sia successiva ad esse), determinandovi per conseguenza il prevalere di un atteggiamento o, meglio, di un modo di rappresentazione generalizzante, secondo cui il complesso e articolato problema dei rapporti fra cultura giuridica continentale e diritto inglese era costretto nel rigido schema dell'antagonismo fra *Roman civil law* e *English common law*; vale a dire, della resistenza vittoriosa del 'diritto nazionale' contro la recezione di un 'diritto straniero'.

In sintonia con questa concezione storiografica (e, anzi, sotto la sua influenza) si pone l'atteggiamento degli studiosi continentali, quelli almeno dei primi decenni del nostro secolo, quale appare caratterizzato, essenzialmente, dall'idea dell' 'isolamento' del diritto inglese, ovvero della sua 'lontananza' (addirittura 'misticamente' intesa) dal resto dei paesi europei. Secondo un'immagine (per altri versi suggestiva) del LEVY-ULLMANN: « [...] *l'on entre dans le droit anglais un peu comme si l'on abordait une religion* »; più oltre resa con quella di un « *côté mystique du droit anglais, si rebelle à la compréhension des étrangers* »⁽¹³⁾. Ed ugualmente significativa, sia pure da posizione diversa, è un'affermazione dell'ARANGIO RUIZ, che così suona: « Il « diritto dei paesi che non siano partecipi della tradizione romanistica (come l'Inghilterra) rappresenta per noi un segreto impenetrabile [...] »⁽¹⁴⁾.

Beninteso, il progresso degli studi sul diritto anglo-americano (a seguito dello sviluppo dei traffici e delle comunicazioni internazionali) ha reso (per lo meno così si spera) obsoleto un simile atteggiamento, relegandolo fra i ricordi dell'epoca 'pionieristica' della comparazione « *civil law - common law* »; quella appunto degli inizi del secolo, allorché sul Continente europeo cominciò a (ri-)destarsi sempre più vivo l'interesse verso il mondo giuridico d'oltre Manica (e quello al di là dell'Atlantico). Ma, con tutto ciò, l'idea della rigida contrapposizione fra i due sistemi è rimasta intatta. L'indirizzo infatti degli studi in ma-

⁽¹³⁾ *Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder l'étude du Droit anglais*, in *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1919, 64, a p. 80.

⁽¹⁴⁾ *Istituzioni di diritto romano*², Napoli, 1927, 4.

teria è stato e continua in prevalenza ad essere (paradossalmente, forse, se si pensa che nel frattempo sono andate attenuandosi, fin quasi a scomparire, le iniziali difficoltà 'tecniche' di comprensione reciproca) nel senso di accentuare le differenze e, anzi, la profonda ('ontologica', si sarebbe tentati di dire) estraneità del sistema di *common law* (= storicamente, il diritto nazionale inglese) rispetto a quello di *civil law* (= storicamente, il diritto e la cultura giuridica dei paesi dell'Europa continentale).

3. Oggi, una diversa prospettiva si trova delineata nella più recente produzione del GORLA sul fenomeno, con riguardo in specie agli Stati italiani pre-unitari, del diritto comune continentale fra i secoli XVI-XVIII, e sue propagini ottocentesche. Si tratta di una prospettiva incentrata sull'idea di un « *diritto comune "europeo"* » nei rapporti fra *civil law* e *common law* ⁽¹⁵⁾. Per essa, l'accento cade non più (solo o tanto) sul problema, di natura ideologica — come si è visto — e comunque riduttivo, della 'recezione' in Inghilterra del diritto romano giustiniano e delle dottrine dei suoi interpreti continentali, ma su quello, storicamente assai più ampio ed articolato, della 'posizione' (se e quanto 'isolata' o, invece, 'comunicante') del diritto inglese, in tutte le sue molteplici e diverse componenti assunto, nell'ambito della storia e della cultura giuridica europee. Se, d'accordo con l'ASCARELLI ⁽¹⁶⁾, si ritiene che è « a una classificazione « basata sulla storia dei vari sistemi che si fa capo nel contrapporre « i sistemi romanistici al sistema anglo-nord-americano (*civil law* e « *common law*, secondo la dicotomia usata al riguardo dagli autori « anglosassoni) », ne consegue che il punto di vista su indicato rende ancor più avvertita, per gli studiosi continentali non meno che per i loro colleghi inglesi (e d'oltre oceano), l'esigenza di sottoporre a verifica (ossia di storicizzare) le classificazioni ricevute. Grande importanza quindi, sul piano della definizione dei tratti distintivi della 'famiglia' dei diritti continentali, presenta la riscoperta, per quanto concerne in particolare il nostro paese, dell'esperienza del diritto comune nei secoli XVI-XVIII, siccome caratterizzata storicamente dalla preminenza della fonte giurisprudenziale e dall'esistenza di fenomeni di rilievo sia istituzionale sia culturale (dall'accentramento della giustizia nei 'tribunali supremi' degli Stati italiani, al vincolo dei precedenti, all'opinione dissenziente, all'arte o tecnica delle distinzioni, alla letteratura forense costituita dalle raccolte di decisioni, ed altri)

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. GORLA, *Unificazione « legislativa » e unificazione « giurisprudenziale »*. *L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, 1977, V, 91, § 12, e, da ultimo, *Prolegomeni*, ecc., cit., 5.

⁽¹⁶⁾ *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 41, a p. 42.

analoghi a quelli che si riscontrano nell'esperienza inglese degli stessi secoli (17).

Con riguardo, poi, all'antagonismo fra *common law* e *civil law* esso, tenuto conto del punto di vista medesimo, ne esce ridimensionato, riducendosi — per quello che realmente fu — a fenomeno 'interno' del diritto inglese, riflesso della presenza lì, fino alla seconda metà del secolo scorso, di due distinti ordini di giurisdizioni e relativi corpi forensi: dei *common lawyers* e dei *civilians* appunto. È stata già ricordata la vicenda che oppose gli uni agl'altri nell'ambito della lotta politico-istituzionale fra parlamento e monarchia inglesi. Una vicenda culminata con la vittoria della *common law* e delle sue corti di giustizia, che portò — durante il XVII e XVIII secolo — al progressivo assorbimento in queste ultime (o, meglio, nella più prestigiosa fra esse, la corte del *King's Bench*) di alcune delle maggiori competenze esercitate dalle corti rivali dei *civilians* (specie quelle, in materia commerciale, della corte dell'Ammiragliato). Ma, al di là di tale vicenda e dei suoi noti strascichi polemici a livello storiografico, il diritto inglese nel suo insieme, comprensivo quindi delle giurisdizioni di *common law*, di *equity*, e di *civil law*, mantenne, in allora come per tutto l'arco precedente e successivo della sua evoluzione (fino al definitivo scioglimento, nella seconda metà del XIX secolo, della corporazione dei *civilians*), una posizione comunicante con la cultura giuridica dei paesi dell'Europa continentale. Oltre al legame costituito dall'esistenza sul suolo inglese di corti formate da giuristi educati allo studio dei testi della tradizione — in senso ampio — romanistica e nelle quali si seguivano procedure e si applicavano norme su quest'ultima basate o da essa derivate, ben più significativi appaiono — in proposito — altri fatti ancora. Senza poter qui, nemmeno brevemente, accennarvi, basterà tuttavia menzionarne due solamente, il cui rilievo è tanto esemplare quanto — in genere — trascurato, e cioè: l'esistenza, presso le stesse corti di *common law*, di una diffusa prassi giurisprudenziale, tuttora seguita, all'occorrenza, dai giudici inglesi, consistente nel ricorso alle 'autorità continentali' (*continental authorities*) per la soluzione di casi dubbi o in mancanza di autorità interne sul punto da decidere (18); l'abbondanza di letteratura giuridica (specie forense)

(17) Su ciò v. G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua formazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto moderno*, Firenze, 1977, I, 447 ss.; ID., *Un centro di studi storico-comparativi sul «Diritto comune europeo» presso l'Istituto di diritto comparato dell'Università di Roma*, in *Foro italiano*, 1978, V, 313, sub I. Sulla giurisprudenza forense italiana v., inoltre, M. ASCHERI, *Tribunali e giuristi consulenti italiani d'Ancien Régime*, Siena, 1973 (anche in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, diretto da H. Coing, vol. II (Parte seconda), München, 1976, 1113 ss.

(18) Si veda, per un esempio tra i più recenti, *Rasu Maritima v. Pertamina* [1977] 3 All ER 324, per Lord DENNING.

continentale dei secoli XVI-XVIII all'epoca (e, per buona parte, ancora) in dotazione alle Biblioteche delle *Inns of Court* (ossia delle 'società' private in cui era, e continua ad essere, articolata la categoria dei *barristers* [= *common lawyers*] inglesi: v. *Bar*) ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ In argomento v. G. GORLA, *Un centro, ecc.*, cit., sub I (*Per una revisione della comparazione fra diritto inglese e diritto continentale: nuove prospettive di un diritto comune europeo*), e sub II, L. MOCCIA (*Relazione a proposito delle prime ricerche fatte sui « Reports » delle corti inglesi di « common law » e di « civil law » e sulle Biblioteche degli « Inns of Court » di Londra concernenti i rapporti tra diritto inglese e quello continentale dal secolo XVI al XIX*).

Common Law

1. « Diritto anglo-americano » e « famiglia » dei paesi di « *common law* ».
2. « *Common law* », « *Equity* », e « *Statute law* ». (Cenni sul modello della *Law Commission* inglese).
3. Il genere maschile o femminile di « *common law* ».
4. Lo studio in Italia della *common law* (dagli inizi del secolo ad oggi):
 - 4.1. Il formarsi di una letteratura italiana sul diritto anglo-americano. —
 - 4.2. La proposta del GORLA di una « scienza storico-comparativa » del diritto occidentale, e lo studio della *common law* in senso stretto. In particolare il sistema formulare inglese (*writs e forms of action*). —
 - 4.3. L'*equity system*. — 4.4. Alcuni recenti apporti della storia del diritto, in Italia, allo studio della *common law*. — 4.5. Traduzioni e testi in lingua italiana di autori stranieri (bibliografia).
5. Settori fondamentali dello studio della *common law*: A) *Property (law of)*; B) *Torts (law of)*; C) *Contract (law of)*.

I. L'espressione « *common law* » ricorre in diversi significati. In contrapposizione a « *civil law* », nonché ad altri (nomi di) sistemi di diritto (del passato o contemporanei), essa indica l'intero corpo del « sistema giuridico dell'Inghilterra, di quelle parti del mondo a cui « il diritto inglese si è esteso, e di quei Paesi, come gli U.S.A., il cui « sistema si ricollega e deriva dal diritto inglese »⁽¹⁾. Si afferma — inoltre — che i « termini di diritto anglo-americano o di *Common Law* anglo-americana sono usati con significato equivalente a quello indicato ». Vale a dire, nella sua accezione più vasta, per *common law* s'intende il « sistema anglo-americano » di diritto⁽²⁾.

È noto che l'ordinamento inglese e quello statunitense rappresentano, storicamente, i due principali « modelli » di *common law*. In tal senso, è possibile assumere unitariamente l'espressione « diritto anglo-americano », nonostante l'esistenza di importanti differenze tra quei due ordinamenti⁽³⁾.

(1) M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity* (trad. it. a cura di G. Bernini, G. Bognetti e D. Libonati), in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, 914.

(2) *Ivi*, 915.

(3) Per una trattazione separata del diritto inglese e del diritto statunitense, appunto considerati come i due massimi esempi della tradizione di *common law*, v. l'ormai classico R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (1^a ed., 1964, oggi alla 7^a ed., 1978), anche in edizione italiana col titolo di *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (a cura di R. Sacco), Padova, 1973, pp. 280 ss., e 359 ss.

* * *

La « famiglia » (o gruppo) di *common law* costituisce, al suo interno, un complesso assai più omogeneo e comunicante di diritti nazionali di quanto non sia invece, almeno nel secolo presente, la « famiglia » (o gruppo) dei diritti di *civil law*, anche solo limitatamente al suo nucleo originario formato dai diritti dei paesi dell'Europa continentale. Il punto è colto dal SERENI, là dove scrive: « Le popolazioni di lingua « e origine inglese che emigrarono dalla madrepatria, portarono nei « territori da essa colonizzati o conquistati le norme di diritto positivo « della *common law* inglese, sia pur modificandole per adattarele ad « esigenze locali. Vari territori ai quali si estese attraverso tale pro- « cesso la *common law* inglese, truncarono in seguito i vincoli politici « con l'Inghilterra e divennero indipendenti. Una gran parte dei nuovi « Stati, però, considerarono e considerano tuttora come parte del loro « diritto positivo attuale il diritto che si era creato in Inghilterra an- « teriormente alla loro separazione politica da quest'ultima e che fu « applicato nei nuovi Stati prima che essi divenissero indipendenti. « L'unità che intercede tra i vari sistemi giuridici della *common law* « non è quindi soltanto storica e concettuale » (4).

In questo ordine di considerazioni, per quanto concerne in particolare i paesi del *Commonwealth* britannico, c'è da aggiungere che un importante fattore istituzionale di unità(-uniformità) è rappresentato dalla giurisdizione del *Judicial Committee* del *Privy Council* (o Consiglio privato del re o della regina, cioè del sovrano in carica). In breve, il *Privy Council* ha funzione di organo giudiziario di ultima istanza per le colonie ed i paesi del *Commonwealth* che continuano a riconoscerne l'autorità. La sua sede è a Londra, ma esso si compone anche di giudici provenienti da quegli altri paesi. A proposito dell'attività svolta e dell'autorità dei giudizi resi da questo organo, si precisa che: « La Corte del *Privy Council* è competente a giudicare « sui ricorsi ad essa presentati contro le sentenze (in materia sia civile « che penale) dalle Corti Supreme degli Stati del *Commonwealth* e delle « colonie inglesi. Il *Privy Council* applica il diritto del Paese in cui « è stata pronunciata la sentenza impugnata: esso non rientra nella « gerarchia delle Corti inglesi [...]. Per tale ragione, le decisioni di « questa Corte hanno valore di precedente vincolante soltanto per i « giudici dello Stato ove era stata pronunciata la sentenza impugnata. « Le sentenze del *Privy Council*, tuttavia, posseggono un alto valore « persuasivo sia per le Corti inglesi che per le Corti dei Paesi di « *common law* inglese, anche se alcuni di questi ultimi hanno soppresso « il diritto di ricorso al *Privy Council*. Questa autorità persuasiva è « ottenuta senza una qualunque disposizione di legge ed ha lo scopo

(4) *Studi di diritto comparato*, I, *Diritto degli Stati Uniti*, Milano, 1956, 6-7

« di preservare una certa uniformità del diritto nei Paesi di *common law* al di fuori degli U.S.A. (ove, pure, del resto, le pronunce del « *Privy Council* sono attentamente considerate) » (5). Né va dimenticato, poi, il ruolo svolto, storicamente, dal *Privy Council* in materia di controllo giudiziario (*judicial review*) della legislazione delle ex-colonie britanniche, onde assicurarne la conformità col diritto della madrepatria (6).

Ma la maggiore coesione tra i sistemi giuridici di *common law*, oltre ad essere favorita — naturalmente — dalla comunanza di lingua (e di linguaggio giuridico), si spiega pure sul piano della natura giurisprudenziale di questi sistemi, con specifico riguardo alla « discrezionalità » concessa al giudice di *common law* nella ricerca del diritto (*regula juris*) concretamente applicabile in presenza di casi nuovi o dubbi; là dove — cioè — il giudice può tener conto, come « autorità persuasiva », di precedenti decisioni *in pari materia* pronunciate dalle corti (di grado superiore) di altri Stati facenti parte del *Commonwealth* e, in genere, dell'orbe di *common law* (7). Ciò, è bene aggiungere, secondo una tecnica simile a quella del *recursus* alla *lex alii loci* operante nell'esperienza del diritto comune continentale e tipica quindi dell'ordinamento a base giurisprudenziale come ordinamento giuridico « aperto » o « comunicante » (8). Sotto un medesimo profilo, è stato giustamente affermato dall'ASCARELLI che « la *common law* piuttosto che costituire « un sistema, costituisce una specie di saggezza fondata sulla tradizione collettiva della professione e sulla consumata esperienza nel « trattare problemi giuridici » (9). In precedenza, già il POUND aveva osservato che l'unità, in senso storico-culturale, del mondo della *common law* riposa fondamentalmente sulle tecniche tramandate dell'arte

(5) M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I, 171, a p. 195, nota 63.

(6) Sul punto v. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1972, 46, testo e nota 58. Notizie ulteriori sul *Judicial Committee* del *Privy Council* possono leggersi in V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 181, nota 172.

Quanto all'estensione geografica del sistema di *common law* come diritto vigente in vari Paesi, e sue diversificazioni nel senso dell'adattamento alle condizioni locali, v., sempre in lingua italiana, i già citati M. RHEINSTEIN, *Ivi*, 915-916, e R. DAVID, *Ivi*, 21-22, nonché M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978, 150-151.

(7) Cfr., ad es., Lord DIPLOCK, *Judicial Development of Law in the Commonwealth*, in *Journal of the Law Society of Scotland*, 1977, 328 ss.

(8) Cfr. G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un « luogo vicino » nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro italiano*, 1973, V, 89 ss., e *Unificazione « legislativa » e unificazione « giurisprudenziale »*, *L'esperienza del diritto comune*, *Ivi*, 1977, §§ 8-9.

(9) T. ASCARELLI, « *Il contratto* » di Gino Gorla, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, 924, a p. 930, rifacendosi esplicitamente a un pensiero di F. H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, 1953.

forense (« *the traditional art of the lawyer's craft* ») ⁽¹⁰⁾; giusta l'idea, fissata dallo stesso Pound in principio del suo *The Spirit of the Common Law* (Boston, 1921), secondo cui « la tradizione giuridica anglo-americana, che noi chiamiamo *common law* [è] essenzialmente un « modo di essere del pensiero giuridico e giudiziario, una maniera di « affrontare i problemi giuridici, piuttosto che un corpo consolidato « di regole determinate » (11).

2. Nel suo significato originario e più circoscritto, l'espressione « *common law* » designa « quella parte del diritto inglese [...] sviluppata nelle tre classiche Corti di *Common Law* a Westminster, e « cioè la *Court of King's Bench*, la *Court of Exchequer* e la *Court of Common Pleas* ». Così intesa, essa si distingue da *Equity*: la « parte « del diritto inglese che si è sviluppata nella *Court of Chancery* » ⁽¹²⁾.

Sempre in questo significato, poi, *common law* si contrappone « a « quelle parti del sistema giuridico inglese che si erano sviluppate, e « che hanno trovato applicazione fino alla [seconda] metà del XIX « secolo, nelle corti in cui prestavano opera i giuristi educati alla *Civil Law* » ⁽¹³⁾. Si tratta cioè delle corti dei *civilians* (v. *Civil Law*, sub 2), fra cui vanno ricordate, per il ruolo avuto nell'elaborazione di importanti settori del diritto inglese, le seguenti: a) le Corti ecclesiastiche, competenti — in particolare — in materia di rapporti tra coniugi, nonché in materia di diritto successorio per le questioni relative alla convalida — *probate* — e all'interpretazione dei testamenti, e alla nomina dei soggetti (*executors* o *administrators*, i primi indicati dallo stesso testatore, i secondi invece nominati, nel caso di omessa indicazione o di morte intestata, dalla corte) incaricati della gestione e distribuzione del patrimonio relitto per la parte relativa alla *personal property* (sulla cui nozione v. *infra*, n. 5, sub A); b) la Corte dell'Ammiragliato, competente in materia di diritto marittimo e, fino al XVII sec., anche sulle cause commerciali, quest'ultime successivamente fatte proprie dalle corti di *common law*.

Un altro significato ancora di *common law* è quello relativo alla sua natura di « diritto non scritto » a formazione giudiziale, ossia di *case law*: laddove quest'ultima espressione pure abbraccia il sistema dell'*equity*. In tal senso, *common law*, con o senza l'aggiunta di *equity*, viene contrapposta a « *statute law* » (legislazione).

In complesso, quindi, il sistema giuridico inglese, e dei paesi ai quali si è esteso, risulta formato da tre parti, appunto *Common law*,

⁽¹⁰⁾ *Introduzione* a P. H. WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, Cambridge, Mass., 1925.

⁽¹¹⁾ R. POUND, *Lo spirito della « Common Law »* (ed. it. a cura di G. Buttà), Milano, 1970, 5.

⁽¹²⁾ M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity*, cit., 914.

⁽¹³⁾ *Ivi*, 914-915.

Equity, e *Statute law*, di cui la prima rappresenta, per così dire, la struttura portante e, comunque, quella principale. L'*equity*, infatti, nasce e viene concepita in funzione complementare, per correggere il rigore e rimediare alle carenze della *common law* (nel senso, qui, di *ius strictum*). Mentre, a proposito delle leggi scritte (*statutes*), già s'è notato l'atteggiamento che attribuisce ad esse rilievo 'eccezionale' nell'ambito del sistema di *common law* (v. *Case Law*, sub 1). A questo riguardo è bene ricordare, con parole del RADBRUCH, che in Inghilterra: « La legge può essere compresa e interpretata soltanto a partire dal « proprio testo; le motivazioni, cioè le relazioni sul progetto legislativo « e i lavori parlamentari, vengono subito intenzionalmente dimenticati. « Essi, come anche da noi, non costituiscono una interpretazione autentica, ma per giunta non è nemmeno permesso invocarli come « mezzi integrativi di interpretazione. Gli *Statutes* vengono piuttosto « interpretati nello spirito del *Common Law*, intorno ad essi si intesse « presto una fitta maglia di precedenti vincolanti e insieme a questi « essi vengono a far parte indissolubilmente del tessuto unitario del *Common Law* » (corsivo nostro) (14).

* * *

Sul tema della legislazione (*statute law*) in Inghilterra e, in genere, nei paesi di *common law*, meritano di essere segnalati l'interesse e l'attenzione notevoli che in tali paesi ricevono, a livello istituzionale, i problemi di (tecnica di) riforma legislativa e del diritto, a fronte dell'importanza sempre crescente che la fonte legislativa vi assume, rispetto a quella giurisprudenziale.

Per quanto riguarda l'Inghilterra, può essere qui utile riferire, brevemente, a proposito della *Law Commission*. Si tratta di un organismo a carattere permanente, e con una competenza generale in materia di riforma del diritto, istituito dal *Law Commissions Act* del 1965. Questa legge ha istituito un analogo organismo competente per la Scozia, e denominato appunto *Scottish Law Commission*. I membri di ambedue le Commissioni sono scelti nell'ambito sia del mondo forense (tra i giudici delle alte magistrature nonché tra gli avvocati — *bar-risters* in Inghilterra, e *advocates* in Scozia — ed i procuratori legali — *solicitors* —), sia del mondo accademico (tra i professori universitari di discipline giuridiche). Ogni Commissione è composta da cinque membri a tempo pieno, incaricati per un periodo di tre anni ed assi-

(14) *Lo spirito del diritto inglese* (ed. it. a cura di A. Baratta), Milano, 1962, 28.

In generale, sull'articolazione del sistema di diritto inglese, in « *common law* », « *equity* », e « *statute law* », può altresì vedersi, in italiano, l'ampio saggio di T. RAVÀ, *Un'esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella Common Law inglese*, in *Rivista di diritto civile*, 1974, I, 196 ss.

stati dal personale ivi addetto sotto la direzione di un funzionario capo (*Secretary*).

La stessa legge così fissa i compiti di tali organismi:

« È dovere di ciascuna Commissione prendere in esame (*to take and keep under review*) l'intero diritto (*all the law*) ad esse rispettivamente spettante [quello inglese e quello scozzese, cioè], allo scopo di promuoverne lo sviluppo sistematico e la riforma, con riguardo in particolare alla codificazione di esso, all'eliminazione di anomalie, all'abrogazione di atti normativi obsoleti e superflui, alla riduzione del loro numero e, in genere, alla semplificazione e modernizzazione del diritto, e a tal fine [ciascuna Commissione deve]:

(a) ricevere e prendere in considerazione ogni proposta di riforma del diritto ad essa indirizzata;

(b) preparare e presentare al Ministro competente programmi di ricerca in diverse branche del diritto onde promuoverne la riforma, con la specificazione dell'organismo (se la stessa Commissione oppure altri) che dovrebbe svolgere queste ricerche;

(c) occuparsi, a seguito di una raccomandazione in tal senso approvata dal Ministro, di studiare particolari settori del diritto e di elaborare, sotto forma di progetti di legge o altrimenti, proposte di riforma al riguardo;

(d) preparare, su richiesta del Ministro, programmi organici di consolidazione e revisione della legislazione vigente, e predisporre, a seguito dell'approvazione di tali programmi da parte del Ministro, i relativi progetti di legge;

(e) dare pareri ed informazioni ai dipartimenti della pubblica amministrazione e ad altre autorità o enti interessati, per iniziativa del Governo, a proposte di riforma o di modifica di leggi in determinati settori;

(f) ottenere informazioni sui sistemi giuridici di altri paesi in quanto ciò possa, a giudizio dei membri della Commissione, facilitarne l'espletamento delle funzioni.

« Il Ministro è tenuto a presentare al Parlamento tutti i programmi predisposti da ciascuna Commissione e da lui approvati, nonché le proposte di riforma elaborate a seguito di tali programmi.

« Ciascuna Commissione dovrà riferire sulle proprie attività con una relazione annuale al Ministro e che questi dovrà presentare al Parlamento, accompagnandola (se del caso) con suoi commenti » (*Law Commissions Act, 1965, section 3*) ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Sulla *Law Commission*, insieme con una bibliografia essenziale riguardante la sua istituzione, nonché per alcune pertinenti considerazioni circa il senso

3. Per scrupolo solamente di completezza dei profili definitivi più sopra esposti, c'è da registrare il disaccordo esistente fra gli autori (ed i traduttori) italiani quanto al genere, maschile o femminile, di « *common law* ». Con parole del BIGIAVI: « Confortati dall'esempio dei giuristi inglesi adopereremo anche noi il femminile »⁽¹⁶⁾. L'uso del maschile ha ugualmente i suoi sostenitori⁽¹⁷⁾, le cui tesi tuttavia sono state oggetto di critiche⁽¹⁸⁾.

4. Sulla *common law* e sull'*equity*, componenti essenziali della tradizione giuridica anglo-americana, esiste da noi, in Italia, una letteratura ricca di nomi e di titoli, alcuni dei quali già sono stati citati. Qui di seguito si tenterà di ricostruire tempi e modi di sviluppo di tale letteratura (a partire dagli inizi del secolo), insieme cercando di offrirne un panorama che, pur senza pretendere di essere completo, possa tuttavia servire da guida per il lettore interessato ad una conoscenza, in generale, di aspetti e caratteri di quella tradizione. Verranno poi considerati alcuni settori fondamentali dello studio del sistema di *common law*, e cioè, nell'ordine, *property*, *torts* e *contract*: ciò sempre allo scopo, in particolare, di fornire al riguardo indicazioni di autori e testi italiani. Mentre si rinvia, per ulteriori riferimenti bibliografici ancora su aspetti e caratteri generali della tradizione di *common law*, alle voci *Case Law* e *Rule of Law*; nonché, per le nuove prospettive di indagine in tema di comparazione « *civil law - common law* », a *Civil Law* (sub 2-3).

4.1. In Italia, come in altri paesi dell'Europa continentale (Germania e Francia soprattutto) sebbene con un certo ritardo in loro

dell'esperienza inglese in tale campo, v. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, I, 83, a pp. 122-125. Come osserva questo A., *Ivi*, pp. 98-99, il modello anglo-americano delle *law reform commissions* (o commissioni permanenti per la riforma del diritto) riflette l'esigenza, assai diffusa nella società contemporanea (ma già avvertita in passato), « di un organo a cui sia istituzionalmente affidato il compito di raccogliere le indicazioni e le istanze per la riforma espresse ai più diversi livelli, e di elaborarle e riproporle all'attenzione degli organi legislativi e dell'intera collettività, così promuovendo la discussione ed un vero controllo democratico sull'elaborazione delle leggi ».

⁽¹⁶⁾ *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi urbinati*, 1933, 63, nota 21, dove pure si rinvia per gli AA. *ivi* citt., nonché per gli esempi a conforto, uno dei quali è la celebre frase « *Our Lady, the Common Law* » coniata dal POLLOCK, *The Genius of the Common Law*, I, *Our Lady and Her Knights*, in *Columbia Law Review*, 1912, 189 ss.

⁽¹⁷⁾ Così, in senso favorevole a questo uso, si è pronunciato G. CRISCUOLI, *Valore semantico e contenuto dogmatico dell'espressione « common law » nel linguaggio giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, 1466 ss.

⁽¹⁸⁾ Si vedano A. BOLLA, *In tema di qualificazione maschile o femminile dell'espressione « common law »*, e, soprattutto, G. FASSÒ, *Intorno al « sesso » della « common law »*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, rispettivamente, 659 ss., e 1112 ss.

confronto, lo studio della *common law* si afferma durante le prime decadi di questo secolo, quale terreno d'elezione del « diritto comparato ». Ciò nel senso che l'interesse verso il diritto inglese e statunitense (« anglo-americano », secondo la dizione più usuale) sorge e si diffonde in stretto rapporto al prevalere, da noi fino agli anni '60 ed oltre, di un modo di intendere la comparazione giuridica fondato appunto sul binomio « *common law - civil law* » (19).

In un contributo dal titolo significativo di *Il diritto comparato e lo studio del diritto anglo-americano*, apparso nell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* del 1930, Tullio ASCARELLI così principiava: « Lo studio del diritto anglo-americano costituisce il problema « più difficile e più interessante per tutti gli studiosi continentali di « diritto comparato » (20). Questo A. invero, lamentando l'arretratezza della nostra cultura giuridica in tale campo, fatta eccezione « per « qualche studioso isolato » (21), poneva l'accento sull'« utilità pratica » del « diritto comparato », ossia dello studio del diritto anglo-americano, « come arma nella lotta economica internazionale » (22). Ancora nelle pagine dell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* del 1931, si trova una testimonianza del VALERI, il quale — recensendo l'opera famosa di LÉVY-ULLMANN su *Le système juridique de l'Angleterre* (Paris, 1928) — sosteneva che « la conoscenza del diritto inglese « rappresenta [...] lo strumento veramente indispensabile per la formazione mentale di un comparatista » (23). Allo stesso A. si deve, poi, l'importante considerazione che « la storia del diritto e il diritto « comparato sono due momenti di un procedimento scientifico sostanzialmente unitario, idoneo ad allargare straordinariamente il campo « di vista dell'osservatore dei fenomeni giuridici » (24).

Già in precedenza tuttavia, stando ad un rilievo di Mario SARFATTI, « l'importanza dello studio del diritto comune inglese » era stata avvertita da giuristi quali il Brugi ed il Pacchioni (25). Quest'ultimo A., in particolare, si mostrava sensibile all'esigenza di intensificare « le « ricerche di legislazione e di diritto comparato » quale via per giungere a ricomporre « l'unità giuridica europea », intesa peraltro come « l'unità del diritto privato del continente europeo », spezzatasi con l'avvento delle codificazioni effetto e causa, ad un tempo, del nazio-

(19) Cfr. G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1963, § 4; e A. GRISOLI, *Il problema del diritto comparato in Italia*, in *Jus*, 1962, 191, a p. 201.

(20) *Annuario di diritto comparato, ecc.*, vol. VI (1930), I, 493.

(21) *Ivi*, 497.

(22) *Ivi*, 498.

(23) *Ivi*, vol. VI (1931), J, 242, a p. 243.

(24) *Ivi*, *ibid.*

(25) *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino, 1933, 113, nota 183. Del BRUGI si veda, in particolare, l'*Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali* (1^a ed., 1890), 4^a ed., Milano, 1907, pp. 308-310.

nalismo giuridico ⁽²⁶⁾. Una prospettiva, questa della *legislazione comparata*, che, in quanto applicabile non solo al processo di formazione delle leggi ma a quello anche dell'interpretazione sia giurisprudenziale sia dottrinale, aveva avuto agli inizi del secolo un lucido e convinto fautore in Torquato Carlo GIANNINI, il quale attribuiva al metodo della comparazione efficacia di antidoto e, comunque, di correttivo rispetto agli eccessi della dogmatica giuridica (cioè, nelle parole allora usate dall'A., « alle astrazioni nebulose di cui l'esempio germanico è introdotto fra noi, da qualche anno, il mal vezzo e l'abuso [...] ») ⁽²⁷⁾.

Tra i primi lavori di nostri autori degli inizi di questo secolo dedicati alla descrizione — in generale — del sistema inglese di *common law* può ricordarsi uno scritto di Clemente PERSICO, *Introduzione allo studio del diritto privato inglese*, apparso sulla *Giurisprudenza italiana* del 1915 ⁽²⁸⁾. Produzioni precedenti, la cui menzione per ovvi motivi di spazio viene qui tralasciata, riguardano soprattutto — come è, del resto, abbastanza noto — il diritto costituzionale e le prassi parlamentari inglesi, il diritto processuale penale e civile, le istituzioni giudiziarie, nonché aspetti del diritto commerciale di quel Paese ⁽²⁹⁾.

Chi più si (pre)occupò di diffondere in Italia la conoscenza del diritto privato inglese, fu all'epoca il SARFATTI: figura peraltro isolata di studioso (giusta la notazione sopra riferita dell'Ascarelli), la cui opera ed i cui meriti, sebbene caratterizzati da generoso impegno divulgativo (anzi, forse proprio a motivo di ciò, che poteva apparire come un limite), non sembrano essere stati apprezzati nel modo dovuto ⁽³⁰⁾.

Si ricordano, inoltre, i nomi di Orlando DELLA PORTA, autore di alcuni lavori a carattere meramente descrittivo e piuttosto elemen-

⁽²⁶⁾ Si veda G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile* (1ª ed., 1916), 3ª ed., Torino, 1926, e 4ª ed., Milano, 1944, rispettivamente, pp. 32-34, e 56-57.

⁽²⁷⁾ *Funzioni e metodo [del] diritto comparato con speciale riguardo al diritto commerciale ed industriale*, ne « *Il Filangieri* », 1903, 355 ss. e 432 ss., a p. 439.

⁽²⁸⁾ Parte IV, c. 115 ss.

⁽²⁹⁾ Tuttavia, per una breve quanto interessante trattazione espositiva del sistema inglese v., già, F. BUONAMICI, *Introduzione allo studio del diritto o Enciclopedia giuridica*, Pisa, 1869, 536-553.

⁽³⁰⁾ Di questo A. possono citarsi, per una lettura ancor'oggi non priva di interesse e, comunque, utile sotto il profilo ricostruttivo della letteratura italiana in materia, i seguenti titoli: *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia*, ne « *Il Filangieri* », 1907, 1 ss.; *Il diritto comparato in Italia con speciale riguardo al diritto inglese*, negli *Scritti giuridici in onore di Alberto Marghieri*, Napoli, 1920, 1 ss.; *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924, dove si rinvia, pp. 10 ss., per un quadro delle origini e dello svolgimento storico del diritto inglese in generale; e *Introduzione allo studio del diritto comparato*, cit., pp. 84 ss., relativamente al sistema anglo-americano della *common law*. Si veda inoltre, per notizie sulla vita ed un elenco delle pubblicazioni dello stesso A., la *Notice biographique* in AA. VV., *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokio, 1962, I, 75-76.

tare ⁽³¹⁾, e di Mario MATTEUCCI, autore di un apprezzabile contributo dal titolo *Principi di diritto privato degli Stati Uniti in rapporto alle obbligazioni commerciali ed agli istituti del commercio* ⁽³²⁾.

Con riguardo sempre alla fase d'avvio (nel senso, beninteso, del diffondersi e consolidarsi) degli studi di diritto inglese e statunitense da parte della nostra dottrina, nell'ambito di quelli di diritto straniero e comparato, menzione va fatta, per il periodo specialmente dagli anni '30 ai primi anni '40, delle attività editoriali dell'*Istituto italiano di studi legislativi* ⁽³³⁾. In particolare, si segnalano le rassegne di giurisprudenza inglese ⁽³⁴⁾, e statunitense ⁽³⁵⁾, contenenti osservazioni e note di collaboratori sia stranieri sia italiani. In quello stesso periodo vedeva la luce la prima serie di *Studi di diritto privato italiano e straniero* diretti da M. ROTONDI. Questa collana, come è stato rilevato, « accolse i primi cospicui contributi apparsi in Italia alla conoscenza « di caratteristici istituti anglosassoni » ⁽³⁶⁾.

Nel dopoguerra, la produzione letteraria su aspetti generali o istituti particolari della *common law* anglo-americana, quale campo di studi prediletto dalla nostra dottrina comparatistica durante gli anni '50 e '60, aumenta (per ragioni che è facile intendere) in misura considerevole. Si rinnova allora, precisandosi e rafforzandosi, la lezione dell'ASCARELLI, secondo cui la cultura giuridica moderna si svolge e si comprende — storicamente — nel 'dialogo' tra « *civil law* » e « *common law* ». « Uno studio comparativistico dei diritti occidentali — scrive infatti questo A. — trova [il] suo naturale punto di partenza nell'affermazione dello stato moderno nel sec. XV e XVI [...]. « È anche a questo periodo che dobbiamo risalire per cogliere l'inizio « di quel dialogo tra *common law* (intendendo questo termine come « sinonimo del diritto inglese e di quelli da questo derivato) e *civil law* che è il dialogo fondamentale del mondo giuridico occidentale « (mondo che sotto questo aspetto comprende anche la Russia, il cui

⁽³¹⁾ Si tratta di *L'ordinamento degli Stati Uniti*, Roma, 1928, e *I contratti e le società commerciali nel diritto anglo-americano*, Roma, 1929.

⁽³²⁾ Roma, 1929.

⁽³³⁾ Si vedano, al riguardo, G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile* ⁴, cit., 59-63, e F. GALGANO, *L'origine et l'activité de l'Institut Italien d'études législatives*, in *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, cit. *Ivi*, a p. 61.

⁽³⁴⁾ In *Annuario di diritto comparato, ecc.*, vol. XII (1933) fasc. 2^o, e in *Giurisprudenza comparata di diritto commerciale, marittimo, aeronautico, industriale e di autore*, vol. VI (1941).

⁽³⁵⁾ In *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, vol. VI (1942).

⁽³⁶⁾ GRISOLI, *op. e loc. citt.*, 201-202. Si tratta dei seguenti titoli (ognuno con Prefazione del Rotondi): R. FRANCESCHELLI, *Il « trust » nel diritto inglese*, Padova, 1935; F. ARDIGÒ, *La società per azioni nel diritto inglese (« Company limited by shares »)*, Padova, 1939 (già Gubbio, 1938); e P. CROCIONI, *Fase preliminare e dibattimento nel processo civile inglese*, Padova, 1939.

« diritto può, nella contrapposizione sopra indicata, porsi accanto a « quelli degli altri paesi del continente europeo [...] » (37).

Sempre più, intanto, l'interesse per lo studio e la conoscenza del sistema di *common law* confluisce e si stabilizza nell'insegnamento universitario, specie attraverso i corsi di « diritto privato comparato », all'esperienza dei quali sono appunto legati taluni contributi descrittivi di quel sistema (38).

La serie di lavori indicati, insieme con tutta la restante produzione che in quel periodo (fra gli anni '50 e '60) viene dedicata all'esame di particolari istituti o settori del sistema di diritto anglo-americano, rispecchia la concezione — allora prevalente — che, come s'è detto, « identificava nel *common law* l'oggetto più fertile d'esercizio « della comparazione » (39). Ma si deve qui pure sottolineare che tale complesso di lavori soprattutto testimonia dello sforzo di divulgazione degli studi di diritto straniero e comparato nel nostro paese.

4.2. Nel panorama bibliografico relativo alla nostra letteratura comparatistica in materia di diritto anglo-americano, un posto di primo piano spetta alla produzione del Gorla. Ad essa conviene — anzi — rifarsi per uno sguardo d'insieme, eppure assai penetrante, di alcuni aspetti e motivi fondamentali caratterizzanti, sotto il profilo storico, quel sistema.

Del GORLA si ricorda, in particolare, la 'trilogia' formata dai seguenti titoli: *Interessi e problemi della comparazione fra il diritto nostro e la « common law »* (testo della prolusione al corso di diritto privato comparato, tenuta nell'Università di Roma il 31 gennaio 1961) (40); *Studio storico-comparativo della « common law » e scienza del diritto* (le

(37) *Unificazione del diritto dello Stato e tecnica dell'interpretazione*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 339, pp. 339-340; e cfr. *Id.*, *Étude comparative et interpretation du droit*, *Ivi*, 319, specie pp. 331-332. Dello stesso A. si vedano altresì i saggi raccolti nel volume *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, in particolare: *Premesse allo studio del diritto comparato*, 3 ss.; *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, 41 ss.

(38) Possono ricordarsi i seguenti: M. G. DE ROSSI, *Introduzione al sistema giuridico inglese (Appunti dalle lezioni tenute nell'anno accademico 1944-1945 raccolti a cura degli studenti)*, testo litografato, Roma, 1946, apparso successivamente, col titolo di *Lineamenti generali del sistema giuridico inglese*, nell'*Annuario di diritto comparato, ecc.*, vol. XXXII (1957), fasc. 2-3, 243 ss.; R. DE NOVA, *Corso di diritto privato comparato - Introduzione al diritto nord-americano*, testo litografato, Pavia, 1953; V. BARATTA, *Corso di diritto privato comparato - Parte generale*, 2ª ed., Napoli, 1953, 71 ss.; M. GIULIANO, *Appunti di diritto privato comparato*, testo litografato, Milano, 1958, 152 ss.; A. GRISOLI, *Corso di diritto privato comparato - Parte introduttiva*, testo litografato, Milano, s.d., ma 1962, 51 ss.; e G. CRISCUOLI, *Lineamenti di diritto inglese - Le fonti* (dispense del corso di diritto privato comparato); Palermo, 1963.

(39) Così, A. GRISOLI, *Il problema del diritto comparato in Italia*, *loc. cit.*, 198.

(40) In *Studi in memoria di Tullio Aščarelli*, Milano, 1968, II, 939 ss., di cui era già apparsa, ne « *Il diritto dell'economia* », 1961, 375 ss., una versione in sunto col titolo di *Interesse per lo studio della common law anglo-americana*.

forme d'azione) ⁽⁴¹⁾; *Formazione e strutture fondamentali della « common law »: le « forms of action »* ⁽⁴²⁾. Si tratta, in sintesi, di una serie di lavori dove le ragioni dello studio della *common law* (nel significato, qui e in appresso, di diritto formatosi storicamente per opera delle corti di *common law*), al di là della loro immediata evidenza di ordine pratico, trovano una originale e compiuta formulazione in sede teorica. La riflessione del Gorla approfondisce e sviluppa in tal senso la prospettiva — concepita dall'Ascarelli — del « dialogo » tra *civil law* e *common law*, assumendola a base di una *teoria* della comparazione giuridica come « attività di conoscenza *pura*, conoscenza storica per raffronto » ⁽⁴³⁾, « da non confondersi con l'utilizzazione dei suoi risultati « o prodotti, benché interessi e problemi, anche pratici, vivi e attuali « siano la spinta necessaria alla conoscenza pura » ⁽⁴⁴⁾. Sul presupposto — infatti — che « tutti i paesi civili del nostro globo, entro certi « limiti, vanno debitori della loro civiltà giuridica o al diritto romano « (nel senso lato del ben noto sviluppo romanistico [...]) o alla « *common law* » ⁽⁴⁵⁾, si fonda una precisa esigenza metodologica e di ricerca, dallo stesso A. così espressa: « Il problema è [...] fare dello « studio storico-comparativo della *common law* e del diritto continen- « tale uno dei modi della scienza del diritto.

« Questo problema, che è un'ipotesi di lavoro, sorge appunto perché « diritto continentale e *common law* rappresentano, almeno quanto alle « forme, alle strutture, ai concetti, alle tecniche, le due più grandi « famiglie di ordinamenti giuridici nell'ambito di una stessa civiltà o « di una stessa fase della storia dell'umanità, di cui abbiamo maggior « conoscenza.

« In certo senso, si può dire che le origini della nostra civiltà, quanto « a ciò che chiamiamo « diritto », si trovano nella storia di quelle due « grandi famiglie [...].

« Se la conoscenza del « diritto », come fatto umano è, per usare « un'espressione del Vico, conversione del fatto nel vero, ci si impone « di sapere come si è formato storicamente questo fatto o istituto « umano che è il « diritto »: quasi un fare a ritroso il processo di « creazione e ricostruirlo, uno studiare le forme, le strutture, i concetti « nel momento in cui si fanno, quasi vedendo il loro artefice all'opera.

« In questo senso, e avendo riguardo al fatto storico che nella « fondazione del diritto continentale e in quella della *common law* « stanno le origini della nostra civiltà come diritto, si può veramente « porre l'ipotesi di lavoro (o problema) che lo studio storico-compara- « tivo del diritto continentale e della *common law* sia uno dei modi

⁽⁴¹⁾ In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, 25 ss.

⁽⁴²⁾ *Ivi*, 1965, 1646 ss.

⁽⁴³⁾ *Interessi e problemi, ecc.*, cit., 941.

⁽⁴⁴⁾ *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 26 in nota.

⁽⁴⁵⁾ *Ivi*, 27-28.

« della scienza del diritto. Lo studio dev'essere necessariamente storico-comparativo, perché soltanto questo ci può mostrare ciò che vi è di comune e ciò che vi è di peculiare o particolare, e qual'è l'origine, il valore, la funzione di strutture, forme, concetti, tecniche, ora peculiari ora comuni » (46).

Con il Gorla, dunque, il « diritto comparato » trova un suo specifico modo d'essere articolato nel progetto di una « scienza storica *par excellence* della nostra civiltà giuridica » (47), ossia di una scienza « che studi, con vigile occhio storico-critico, concetti e categorie giuridiche nel momento del loro farsi [...] e non in quello del « fatto » (cioè del già fatto), entificato o concettualizzato », poiché « soltanto per questa strada [...] si potrà veramente vedere che cosa vi è di particolare e che cosa vi è di comune nei due grandi sistemi che costituiscono la nostra civiltà o il nostro « diritto » » (48). A questo ordine di idee, per la stessa sensibilità storica che lo ispira, non sono estranei gli interessi 'pratici' di informazione o di specializzazione, sotto la cui spinta invero lo studio della *common law* (nell'Europa continentale) e della *civil law* (oltre Manica e al di là dell'oceano) ha potuto — non solo in oggi — progredire. Essi piuttosto valgono ad integrare (seppure talvolta condizionando e distortendo) quell'esigenza metodologica e di ricerca, secondo il nostro A. propria della comparazione, che si proietta nel senso della storia e — quindi — della storicità dei due sistemi componenti maggiori della civiltà giuridica occidentale.

A tutto ciò si deve poi aggiungere l'importanza e l'utilità che lo studio della *common law* riveste per la conoscenza stessa dei diritti continentali presi singolarmente e nel loro insieme. Difatti, come osserva ancora Gorla: « [...] una comparazione interna fra i vari diritti del continente europeo (la quale pur tanto ci occupa praticamente « oggi, in vista di certe unificazioni) [...] non si può veramente e « profondamente fare senza l'ingrediente della *common law*. Invero la « comparazione fra noi e la *common law* ci impone di contrapporre il « diritto continentale, cioè di fare una famiglia, un gruppo, un tipo « dei vari diritti continentali, e quindi di rintracciare non soltanto i « tratti comuni, ma anche i tratti differenziali fra di essi » (49).

Alla riflessione sul valore della comparazione *civil law - common law* come uno dei modi della scienza del diritto il Gorla unisce, sì da farne una parte integrante, quella sulle origini e lo svolgimento della

(46) *Ivi*, 30.

(47) *Ivi*, 53.

(48) *Ivi*, 48-50.

(49) *Interessi e problemi, ecc.*, cit., 946. Si tratta di un concetto in parte già espresso da G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile* 4, cit., 57, là dove affermava, sinteticamente che « il diritto comune inglese (*common law*) [...] costituisce per così dire, un *tertium comparationis* per tutti i diritti codificati dell'Europa continentale ».

common law. L'anello di congiunzione è rappresentato dall'idea che le basi dello studio storico-comparativo dei due sistemi « sono da ricercare nell'organizzazione [...] del Tribunale cittadino di Roma, all'epoca delle *legis actiones* e del processo formulare, e della Corte centrale di Londra nei secoli XII-XVII »⁽⁵⁰⁾. Invero, « [n]ell'organizzazione di quelle Corti [...] sta la grande prima fucina in cui vennero create forme, strutture, concetti e tecniche del diritto, che ancora oggi ci dominano o ci influenzano, anche e soprattutto nel campo del c.d. diritto sostanziale »⁽⁵¹⁾. A ben vedere, il significato maggiore di tale equiparazione consiste proprio nel riconoscere nella *common law* l'altro dei poli attorno a cui ruota, storicamente, l'esperienza giuridica occidentale. Si chiarisce così in tutta la sua portata, ed attualità aggiungerei, la sollecitazione del nostro A. a fare dello studio storico-comparativo del binomio *civil law - common law* uno dei modi della scienza del diritto. Invero, per l'educazione del giurista continentale la conoscenza della *common law*, delle sue strutture e tecniche e del modo in cui si son venute formando, è altrettanto importante, se non pure indispensabile, quanto il possesso di una prospettiva storica riferita alle origini e allo svolgimento della tradizione romanistica sul Continente europeo.

Questa consapevolezza di fondo si traduce nei summenzionati lavori del Gorla in un apporto, di natura anche didattica, concernente diversi aspetti dello studio della *common law*, e precisamente: a) modo di affrontarlo correttamente; b) individuazione di alcuni temi o problemi suggeriti da tale studio e di particolare interesse sul piano della comparazione col diritto continentale; c) esame, infine, delle principali fasi di sviluppo di quel sistema.

a) Sotto il primo profilo, l'affermazione (pur fatta in precedenza da altri autori, e fra i nostri, ad esempio, i già ricordati Ascarelli, Sarfatti e Valeri, quest'ultimo richiamandosi all'insegnamento di Lévy-Ullmann) che lo studio della *common law* « è essenzialmente uno studio storico », viene così dal Gorla riempita di contenuto: « Non è possibile fare come noi facciamo, cioè studiare gli istituti della moderna *common law* come noi studiamo i nostri istituti alla luce dei codici, della legge scritta in genere, della dottrina e della giurisprudenza, con un metodo razionalistico (o illuministico) per cui si studia il prodotto, cioè l'istituto, nel quadro della sua funzione rispetto all'economia contemporanea e alla luce delle ragioni e dei concetti che ne derivano.

« Sarebbe un'apparenza fallace [quella di poter] affrontare [i] mordernissimi problemi del diritto anglo-americano senza prima aver fatto una preparazione di fondo sulla *common law*, cioè possederne il cosiddetto *background*.

⁽⁵⁰⁾ *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 30.

⁽⁵¹⁾ *Ivi*, 31.

« Non v'è *casebook*, o libro di testo per gli studenti di legge dei « paesi di *common law*, che non incominci con la storia delle Corti di « Londra [...] con lo sbarco di Guglielmo il Conquistatore nel 1066, « indicato come *point of departure*.

« [...]».

« Ma la *common law* non è soltanto storia del diritto anglo-americano; essa è in gran parte anche il diritto comune tuttora vigente, « in quanto contiene i principi fondamentali del diritto anglo-americano.

« Pertanto, studiare le società per azioni, la concorrenza, i *trusts*, « i titoli di credito, le borse, il fallimento, i brevetti, etc., e gli altri « problemi suaccennati nel diritto anglo-americano, senza aver studiato « la *common law*, sarebbe come pretendere di studiare analoghi istituti « nel diritto nostro senza conoscere la parte generale delle obbligazioni, « dei contratti, dei diritti reali, la procedura etc. La *common law*, nel « suo sviluppo storico, rappresenta, o funziona come quel che è per « noi la parte generale del diritto » (52).

b) Quanto agli spunti e, in senso ampio, all'utilità che lo studio della *common law* presenta per il giurista continentale, si rinvia alle pagine a ciò dedicate dal Gorla (53).

Di uno, tuttavia, tra i motivi di interesse legati, secondo questo A., all'esperienza di *common law* è bene far cenno qui, sia — direi — per la sua presa notevole in termini d'attualità, sia perché esso rispecchia un fondamentale carattere di quell'esperienza, al quale si riallacciano e dal quale si dipartono istituti, concetti ed atteggiamenti tipici della stessa. Si tratta, precisamente, « dell'importanza di certe « idee del diritto feudale o medievale rispetto alle esigenze della civiltà « contemporanea » (54). A tale proposito il Gorla sottolinea che: « La « *common law* ha conservato quasi gelosamente molti tratti caratteristici del diritto medievale, nella sottospecie inglese, sapendoli adattare, con un processo peculiare e con risultati sorprendenti, a certe « esigenze della civiltà contemporanea [...] produzione industriale di « massa; rapporti fra le grandi società per azioni e il pubblico dei consumatori o dei risparmiatori; responsabilità dei grandi produttori di « massa verso il pubblico per la messa in circolazione di prodotti difettosi; concentrazione, dominio e responsabilità delle grandi imprese; « legislazione anti-trust, limitazioni alla concorrenza ecc. » (55). Tale adattamento della componente feudale, rivalutata in risposta ai problemi dell'odierna società urbana e industriale, riflette la prevalenza nella storia della *common law* dell'idea dello *status*, rispetto a quella del « contratto ». La prima, come è noto, rappresenta un modo giu-

(52) *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 28 in nota.

(53) *Interessi e problemi, ecc.*, cit., 945 ss., nonché, riassuntivamente, *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 26-27 in nota.

(54) *Interessi e problemi, ecc.*, cit., 947.

(55) *Ivi, ibid.*

ridico e sociale di concepire l'individuo, diverso dagli schemi del giusnaturalismo e del liberismo economico basati sull'idea del « contratto » come puro atto di volontà negoziale. Ciò, nel senso che l'imputazione di diritti e doveri, invece di essere conseguenza direttamente e unicamente della condotta individuale (manifestazione di volontà), pure dipende dalla condizione e posizione dell'individuo in una classe, in un gruppo e, comunque, in rapporto ad altri individui.

Ma per ulteriori considerazioni in tema di eredità feudale della *common law* v. *infra*, n. 5, relativamente alle materie di *property*, *torts* e *contract*, quelle cioè costituenti il nucleo della *common law* intesa nel suo significato più ristretto; ed inoltre sotto la voce *Rule of Law*, per la nozione di questo massimo principio costituzionale inglese che affonda le proprie radici appunto nella rivendicazione medioevalizzante (direbbe Ascarelli) della priorità del diritto al potere sovrano (statale).

c) Ci si deve ora occupare del terzo ed ultimo dei profili in cui è articolato lo specifico apporto del Gorla allo studio della *common law*. Dopo i rilievi, fin qui esaminati, su come affrontare questo studio e sui motivi di interesse che il giurista continentale può riscontrarvi ai fini della comparazione, lo sforzo del nostro A. si concentra, specie negli ultimi due dei lavori più sopra ricordati (*Studio storico-comparativo*, ecc., e *Formazione e strutture fondamentali*, ecc.), sulla descrizione delle origini e dello svolgimento in seno alle Corti di Westminster (già menzionate *sub 2*) di un « diritto comune » al regno d'Inghilterra. In proposito, le chiavi di interpretazione di cui si serve il Gorla sono quelle — per così dire — classiche elaborate dalla moderna storiografia giuridica inglese (con a capo il Maitland), ed universalmente accolte dagli studiosi continentali del sistema di *common law*.

Si dà rilievo innanzitutto all'accertamento della giustizia nelle Corti regie di Londra. Un fenomeno nel quale si riflette, anzi, con il quale si identifica l'intera vicenda formativa della *common law*. È possibile distinguere al riguardo due periodi maggiori in corrispondenza di « problemi politico-costituzionali » — come li definisce il Gorla — influenti sulle strutture fondamentali del diritto inglese.

Il primo di questi problemi, e relativo periodo dalla conquista normanna (1066) fino a tutto il XIII secolo, è quello del rafforzamento e consolidamento dell'istituto monarchico nei confronti della feudalità, per il governo del paese. A tal fine, nonché sul piano dell'unificazione del regno, un ruolo determinante ebbero i 'giudici reali' sedenti nella *Curia Regis* (dalle cui articolazioni interne sarebbero poi derivate le tre corti di *common law*). Questi giudici venivano altresì incaricati dal sovrano di recarsi in alcuni periodi dell'anno nelle zone di provincia, per tenervi udienza e, inizialmente, per svolgervi pure rilevanti funzioni amministrative. Ciò, secondo un sistema, divenuto stabile già sotto Enrico II (1154-1189), di sessioni locali (*Assizes*) della giustizia regia; la quale, sia al centro che in quelle sessioni locali, veniva am-

ministrata in modi e con mezzi più razionali e sicuri di quelli, primitivi ed arbitrari (ordalia, duello, giuramento purificatore), adottati per la risoluzione delle controversie dalle *local courts* in genere. L'intervento sempre più frequente dei *royal justices*, aventi preparazione giuridica ed assistiti per giunta dall'autorità e dal prestigio della Corona, di cui erano (e tuttora sono, formalmente) i rappresentanti, portò al progressivo esautoramento delle giurisdizioni feudali e di altre, più antiche, giurisdizioni a base locale. Il ricorso ai giudici reali avveniva a mezzo di appositi comandi scritti, i *writs* o « *brevi* », emessi, su richiesta della parte interessata, dalla Cancelleria del re, e configurabili sostanzialmente come « atti di avocazione delle liti alla Corte « regia [...] atti con cui il re investe la sua Corte del potere di giurisdizione sul particolare caso » (dato l'originario carattere « limitato o straordinario » della giustizia regia) ⁽⁵⁶⁾.

Il secondo e più lungo periodo della vicenda formativa della *Common law* si apre con l'affermarsi, durante il XIV secolo, delle Corti di Westminster in posizione separata rispetto agli uffici dell'amministrazione centrale (*Curia Regis*), e con il conseguente sviluppo attorno ad esse di gruppi di giuristi (i *common lawyers*) organizzati nelle *Inns of Court* (comunità professionali a base corporativa). Questo secondo, più lungo e travagliato periodo, è occupato, fino ai secoli XVII-XVIII, da una serie di problemi concernenti soprattutto — come osserva ancora il Gorla —: « la formazione di un potere giudiziario (e dei « *common lawyers*) indipendente, custode (e anche creatore) del diritto « come *common law*; lo sviluppo della giurisdizione delle Corti regie « come giurisdizione ordinaria (a parte l'*equity*), la riforma della procedura, dei rimedi e delle prove, e altre importanti riforme operate « dalle corti stesse in conformità agli sviluppi della nuova società » ⁽⁵⁷⁾.

Nel quadro complessivo dei problemi indicati (e degli avvenimenti da essi evocati sul piano delle lotte di potere e sociali relative all'assetto istituzionale del regno, con riflessi diretti o indiretti sullo svolgimento della *common law*), si inserisce la parte dedicata dal Gorla all'illustrazione di nozioni e categorie principali del diritto privato (« comune ») inglese, quali risultano appunto elaborate, attraverso i secoli, dalla giurisprudenza delle Corti regie. Rilevano in proposito due fondamentali caratteri. Uno consiste nella « continuità » dell'evoluzione della *common law*, intesa nel senso di una lenta e graduale costruzione dei concetti e degli istituti di questo diritto ad opera di successive generazioni di giuristi pratici accomunate dal medesimo atteggiamento di rispetto del passato. L'altro concerne la derivazione « processuale », oltre che in senso ampio giurisprudenziale, di regole e figure giuridiche poste — cioè — in occasione del giudizio su particolari controversie, e mano a mano modificate e consolidate in ade-

⁽⁵⁶⁾ *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 37-38.

⁽⁵⁷⁾ *Formazione e strutture fondamentali, ecc.*, cit., 1624.

renza sempre a casi concreti e con il ricorso a tecniche e strumenti interpretativi della pratica ('arte') forense. Si tratta, a ben vedere, di due caratteri omogenei. Essi trovano storicamente espressione soprattutto nel sistema dei *writ*s e delle corrispondenti *forms of action*. Invero, la struttura e le categorie del diritto sostanziale inglese, nei tre settori-cardine della *common law* (*property, torts* e *contract*), si vengono col tempo, attraverso la serie dei precedenti, modellando all'interno o, come è stato detto, negli «interstizi» del sistema dei *writ*s. Un sistema, cioè, dove alla tipicità dei *writ*s, quali rimedi (*remedies*) concessi a tutela di determinate situazioni soggettive (*rights*), fa riscontro la differenziazione delle forme o categorie di azione, ciascuna contraddistinta da un proprio regime processuale, e contenente altresì una disciplina specifica di quelle stesse situazioni. Non è qui possibile soffermarsi a considerare le particolari caratteristiche ed i modi di sviluppo del sistema formulare inglese ⁽⁵⁸⁾. Ciò che invece importa osservare è che, pur dopo l'abolizione legislativa del sistema dei *writ*s e delle relative «forme d'azione», avvenuta durante il XIX secolo (tra il 1832 e il 1875), è rimasta nella scienza giuridica inglese, perdurando ancor'oggi, l'impronta di quell'antico patrimonio tecnico-culturale, insieme con un caratteristico modo di concepire il diritto (soggettivo) sostanziale in rapporto al processo ed ai mezzi di tutela giurisdizionale considerati in maniera specifica e differenziata. Sovviene in proposito una famosa immagine del MAITLAND, il quale nella sua classica operetta dedicata alle forme d'azione così osservava: «Abbiamo sepolto le *forms of action*, ma esse ancora ci reggono dalla loro tomba» ⁽⁵⁹⁾.

Non è possibile, evidentemente, indugiare qui sulle molteplici implicazioni, di ordine sia teorico sia pratico, connesse con l'origine e lo svolgimento 'nel (e attraverso il) processo' della *common law*, e che si è soliti compendiare nella frase «*remedies precede rights*» ⁽⁶⁰⁾.

Occorre dunque ribadire, sulla base di tutto quanto precede, l'importanza che lo studio delle *forms of action* presenta dal punto di vista metodologico, oltre che a fini di approfondimento della conoscenza della struttura concettuale del diritto (privato) inglese per raffronto con i diritti dell'Europa continentale: e ciò nella prospettiva — ap-

⁽⁵⁸⁾ In proposito, per una esauriente descrizione delle principali *forms of action*, si rinvia a GORLA, *Studio storico-comparativo, ecc.*, e *Formazione e strutture fondamentali, ecc.*, citt.

⁽⁵⁹⁾ *The Forms of Action at Common Law - A Course of Lectures*, Cambridge, rist. 1965 (1^a ed., 1909), 2.

⁽⁶⁰⁾ Si veda su questo punto, per interessanti considerazioni, R. DAVID, *Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Paris, 1943, 211 ss. Si veda inoltre il capitolo dedicato alla scienza giuridica in Inghilterra da E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (ed. it. a cura di A. Febbrajo), Milano, 1976, 331 ss., agl'inizi del quale si legge appunto che: «È impossibile [...] riuscire a dare una valutazione della scienza giuridica inglese senza gettare almeno un rapido sguardo allo sviluppo del processo inglese».

punto — di una scienza storico-comparativa del 'diritto occidentale', alla cui definizione gli scritti sopra citati del Gorla specificamente si rivolgono.

4.3. Sulle caratteristiche salienti, in senso storico-culturale, del sistema di *common law* si sofferma un altro illustre comparatista italiano, il SERENI, la cui indagine pure si estende ad aspetti dell'esperienza nord-americana. Di questo A. si ricordano, in particolare, *La Common Law negli Stati Uniti d'America* ⁽⁶¹⁾, e *Codificazione e « case law »* ⁽⁶²⁾, raccolti insieme con altri suoi scritti nel volume *Studi di diritto comparato* ⁽⁶³⁾. La lettura di questo volume si raccomanda, tra l'altro, per il bel saggio su l'*equity system*, dove si dà conto delle origini e dell'evoluzione in Inghilterra dell'*equity*, unitamente all'esame di istituti e concetti propri di questa ⁽⁶⁴⁾.

* * *

Il termine « *equity* » si usa, in contrapposizione a *common law* (nel senso di diritto — *ius strictum* — applicato dalle corti di *common law*), per indicare la parte del diritto inglese formatasi, a partire dal XIV secolo, grazie all'opera del *Lord Chancellor*, uno dei membri più autorevoli del Consiglio del re (*King's Council*), e titolare, insieme con altri uffici, della Cancelleria (*Chancery*), dove venivano rilasciati, su richiesta di parte, i *writs* regi per agire innanzi ad una delle tre corti di *common law*. Come ricorda il SERENI: « La carica di *Chancellor* era « di solito ricoperta da un ecclesiastico: come tale, egli era anche il « custode della coscienza del re [...]. Al Cancelliere veniva delegato « da parte del re l'esercizio della *prerogative of mercy* e l'esame delle « petizioni con le quali veniva invocata l'assistenza del sovrano perché « esistevano impedimenti al ricorso alle corti ordinarie [cioè di *common law*] » ⁽⁶⁵⁾. Con l'andar del tempo, già durante il XV secolo, questi interventi del Cancelliere assunsero carattere di stabilità, dando così luogo ad una giurisdizione autonomamente esercitata dallo stesso Cancelliere in seno ad una propria corte denominata *Court of Chancery* (o *Chancery Court*). Quanto alle ragioni del sorgere dell'*equity jurisdiction*, esse vengono ravvisate, in particolare, nella « cristallizzazione » dei *writs* e delle relative *forms of action*, con l'irrigidimento quindi delle procedure seguite e dei rimedi concessi dalle corti di *common*

⁽⁶¹⁾ Apparso originariamente nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, 98 ss.

⁽⁶²⁾ Apparso originariamente nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1956, 167 ss.

⁽⁶³⁾ *Diritto degli Stati Uniti*, cit., rispettivamente a pp. 3-34 e 35-64.

⁽⁶⁴⁾ *L'equity negli Stati Uniti* (anch'esso apparso in precedenza nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, 311 ss. e 1112 ss.), *Ivi*, 68-147.

⁽⁶⁵⁾ *Studi di diritto comparato, ecc.*, cit., 80.

law, in relazione a determinate fattispecie soltanto. Da ciò l'esigenza, per le situazioni in parte diverse o del tutto nuove rispetto a quelle rientranti nei 'tipi' di *writs* previsti, di provvedere al riguardo, offrendo una adeguata tutela. In tal senso, l'intervento dell'*equity*, data la sua natura, a seconda dei casi, meramente correttiva del rigore formalistico della *common law*, oppure integrativa o suppletiva del regime di stretto diritto, nonché il rapporto stesso tra *equity* e (*common law*) può essere, ed è stato in effetti, equiparato a quello del *ius praetorium* (o *ius honorarium*) nei confronti del più antico *ius civile*, caratterizzante l'esperienza giuridica romana.

Questo modo di concepire l'*equity system* in termini di corrispondenza con il modello del 'diritto pretorio' si trova espresso, molto significativamente, nell'opera di Tommaso SMITH (1513-1577), *De Republica Anglorum* (1565), dove, sotto il titolo «*Dei fini e dei compiti della Court of Chancery*» (II, 12), si legge: «La nostra legge, che è presso di noi chiamata *common law*... costituisce ed è fondata sullo «[...] *ius summum*; e le sue massime vengono interpretate e applicate così rigorosamente che non possono dipartirsi dal senso delle parole, alla stessa guisa dell'antica *civil law* [cioè il diritto romano]. E pertanto, giacché questa mancava del soccorso di un *praetor* (il quale poteva *moderari illud ius summum*, concedere azioni laddove non ne era data alcuna, mitigare la ristrettezza e il rigore della legge scritta, introdurre eccezioni... e sempre mantenere l'*aequum et bonum*) — lo stesso ordine e rango [che aveva il pretore] lo ha la nostra *Chancery* [...]. Così, colui che propone la sua azione davanti alla *Chancery* lamentando il torto da cui è afflitto, riceve sollievo come nel *forum* solenne. E poiché nel suo caso egli non può trovar rimedio nella *common law*, pertanto egli chiede al cancelliere di provvedere per lui secondo quanto detta la buona coscienza. E appunto per ciò la *Court of Chancery* vien detta dalla gente comune Corte di coscienza, perché il cancelliere non è vincolato a giudicare secondo il rigore o la lettera delle parole della legge, ma *ex aequo* e *bono* e secondo coscienza, come ho detto. E in questa corte [per la trattazione della causa] non viene usata l'usuale formale procedura d'Inghilterra, ma la trattazione per iscritto in uso negli altri paesi in conformità della *civil law*; e il dibattimento non si fa innanzi a una giuria di dodici uomini, ma con l'esame di testimoni, come nelle altre corti di *civil law*»⁽⁶⁶⁾.

Di «un'analogia sostanziale tra l'*equity* e il *ius praetorium*» parla pure il SERENI, precisando tuttavia che «nel mentre il *ius civile* e il *ius praetorium* venivano applicati dallo stesso giudice, nel diritto inglese e in quello americano la *law* e l'*equity* vennero amministrate per secoli da giudici diversi: le *courts of law* e le *courts of equity*

⁽⁶⁶⁾ Il brano, così tradotto, è tratto da N. MATTEUCCI, *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962, 46.

«rispettivamente» (67). Per contro, un avvertimento ad «andar molto «cauti nel cedere, come pur si fa spesso, alla suggestione di analogie «fra *equity* e *ius honorarium*» viene espresso dal GORLA, il quale pone l'accento sulla diversità dei «problemi costituzionali o di diritto costituzionale che determineranno il sorgere, rispettivamente, del *ius honorarium* e dell'*equity*» (68). In precedenza, fra i nostri autori, chi aveva affrontato il tema dell'*equity* inglese, richiamando l'attenzione, da un lato, sul «parallelismo» con l'esperienza romana, dall'altro, sulla diversa portata che assume la contrapposizione fra *diritto* ed *equità* negli Stati moderni del continente europeo rispetto a quella tra *common law* ed *equity* in Inghilterra, era stato il PACCHIONI (69).

Sempre con riguardo alle origini e alla formazione dell'*equity system*, di particolare interesse, specie sotto il profilo del collegamento della cultura giuridica inglese con quella continentale (v. *Civil Law*, sub 3), è la tesi che afferma una diretta influenza sull'*equity* di dottrine e di istituti processuali espressione dell'esperienza canonistica (70).

(67) *Studi di diritto comparato*, ecc., cit., 94.

(68) *Studio storico-comparativo*, ecc., cit., 46.

(69) Si vedano di questo A., *Diritto ed equità nella amministrazione della giustizia inglese e nell'ordinamento giuridico degli Stati continentali*, in *Giurisprudenza del lavoro*, 1926, 433 ss., e *Corso di diritto civile. Delle leggi in generale*, Torino, 1933, 55 ss. Come ricorda, poi, con un giudizio a dire il vero un pò enfatico, R. FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, cit. (dove pure si rinvia per un esame della vicenda formativa dell'*equity*, pp. 37 ss.), a p. 45, nota 2: «[...] il primo che in Italia si preoccupò di confrontare intimamente l'«equità» romana con quella inglese, e il dualismo diritto civile — diritto pretorio con quello *Common Law - Equity*, mettendone in luce le analogie e le differenze, fu V. BEONIO-BROCCHIERI, in un acuto articolo intitolato *L'«equità» in Roma e in Inghilterra* e apparso in *Monitore dei Tribunali*, 1922, 286 ss.». Indubbiamente, però, il breve scritto cit. di Beonio-Brocchieri ancora si raccomanda pel suo carattere di diligente sintesi espositiva in argomento.

(70) In tal senso v., efficacemente, L. DE LUCA, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 1947, 46 ss. Si veda del resto, in punto, il rilievo formulato dal FORTI (1806-1838), *Istituzioni civili accomodate all'uso del Foro* (opera postuma), I, Firenze, 1840, 12-13.

Per una illustrazione di sintesi delle varie concezioni di «equità in diverse esperienze storiche e culturali (greca, romano-arcaica e classica, giustiniana, medioevale, canonistica, inglese, per finire con quella delle codificazioni europee) v. G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità* (dall'A. svolte con riguardo al volume collettaneo *Equity in the World's Legal Systems*, Bruxelles, 1973) in *Jus*, 1975, 1 ss. Ancora di questo A. si veda lo scritto su *Aspetti storici e comparativistici* in AA. VV., *L'equità*, Milano, 1975, 17 ss. (specie a pp. 31 ss. sui rapporti tra *common law* ed *equity*).

A proposito dell'*equity*, oggi, nell'esperienza giurisprudenziale e dottrinale anglo-americana esaminata (con particolare riferimento al c.d. «*new meaning of equity*» elaborato dal NEWMAN, *Equity and the Law: A Comparative Study*, New York, 1961, su cui v. la recensione di V. FROSINI, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1963, 627) in confronto col fenomeno delle clausole generali di buona fede e di correttezza negli ordinamenti continentali, v. M. BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del «common law» e massime di equity*, in

Sulla scorta del saggio del SERENI dedicato all'*equity* conviene, qui, aggiungere qualche chiarimento a proposito di alcune essenziali caratteristiche riguardanti — storicamente — natura, posizione e funzionamento dell'*equity system*. Si deve anzitutto ribadire, con questo A., che « in Inghilterra prima, e poi anche negli Stati Uniti, l'*equity* ha « costituito per secoli un ramo separato del diritto ed un tipo speciale di giustizia, amministrata da corti speciali » (71). Ciò ha significato, storicamente, « non soltanto la distinzione di carattere giurisdizionale tra *courts of law* e *courts of equity*, ma anche la distinzione « tra norme di diritto facenti parte rispettivamente della *law* e dell'*equity* » (72).

Di qui, « quel dualismo fra *Common Law* ed *Equity*, che costituisce « [...] una delle più spiccate caratteristiche dello svolgimento storico « del diritto inglese » (73). Nello stesso senso è stato efficacemente osservato che: « Se qualcuno fosse costretto a spiegare l'essenza della « *civil law* ad un *common lawyer* in un'unica frase, potrebbe forse dire « che la *civil law* è ciò che la *common law* sarebbe stata se non avesse « mai conosciuto una *court of chancery* [...]. L'immagine di due giurisdizioni tra loro confliggenti e che pure coesistono è [...] inconcepibile per un giurista [continentale], il quale crede [nell'] inflessibile « (*uncompromising*) e talvolta crudele (*cruel*) unità dell'ordinamento « giuridico » (74).

È bensì vero che sia in Inghilterra, con la riforma dei *Judicature Acts* del 1873-75, sia in quasi tutti gli Stati della Federazione americana è stata da tempo realizzata, al livello di amministrazione giudiziaria, la c.d. « fusione » (*merger*) del sistema di stretto diritto (*law*) e di quello dell'*equity*, mediante l'unificazione del giudice competente ad applicarli entrambi. Ma l'originaria separazione dei due sistemi continua ad essere influente sulla struttura normativa e concettuale del 'diritto privato' in tali paesi (ed in quelli, più generalmente, dell'area di diffusione della *common law*: v. *sub* I). Tale struttura risulta appunto caratterizzata da una duplicità di regimi e di categorie giuridiche con relative distinzioni terminologiche. Conviene qui ricordare una delle principali di tali distinzioni, quella tra « *legal rights* » ed « *equitable rights* » (o « *equitable interests* »): i primi riconosciuti e tutelati « *at law* » (cioè, storicamente, dalle corti di *common law*); i secondi « *in equity* » (ossia, storicamente, dalle corti speciali compe-

Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1973, 426 ss.; e adde, per ulteriori riferimenti bibliografici, G. ALPA, « *Modern Equity* » (*Spunti sul nuovo significato di Equity nell'evoluzione attuale del Common Law*), in AA. VV., *L'equità*, cit., 263 ss.

(71) *Studi di diritto comparato*, ecc., cit., 70.

(72) *Ivi*, 82-83.

(73) Così, ad es., G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile*, cit., 60.

(74) Così il nostro Alessandro PEKELIS, *Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study*, in *Michigan Law Review*, 1943, 665.

tenti in materia). Così, ad es., nel campo della *law of property*, vale a dire della disciplina sui beni (quest'ultimi peraltro intesi in una accezione ampia), persiste l'ipotesi, connessa in particolare all'istituto del *trust* (formatosi attraverso la giurisprudenza di *equity*), dell'appartenenza di un medesimo bene a diversi titolari: uno (o più) « *at law* » (denominato « *title owner* » o « *legal owner* »); uno (o più) « *in equity* » (indicato col nome di « *beneficiary* », oppure con quello, meno tecnico, di « *beneficial owner* » o di « *equitable owner* »). Una conferma, almeno per quanto riguarda l'Inghilterra, del rilievo che tuttora assume, sul piano istituzionale, la distinzione(-contrapposizione) « *law - equity* » si ha, da un lato, nella prevista specializzazione del massimo organo di giustizia civile inglese in primo grado, la *High Court of Justice*, con l'attribuzione al proprio interno di particolari competenze, *ratione materiae*, rispettivamente ad una *Queen's Bench Division* e ad una *Chancery Division*; dall'altro lato, nella corrispondente specializzazione della professione forense inglese (*Bar*), di fatto organizzata in un « *Common Law Bar* » e in un « *Chancery Bar* » (nonché in altre e minori categorie ancora di « specialisti ») ⁽⁷⁵⁾.

La separazione tra *law* ed *equity* rileva altresì sul piano della tutela giurisdizionale. Storicamente, infatti, l'intervento dell'*equity jurisdiction*, mediante la concessione di appositi mezzi di tutela (*equitable remedies*), si caratterizza per la natura sia « residuale » di tali mezzi rispetto a quelli previsti *at law* (*legal remedies*), sia e soprattutto « discrezionale » dell'intervento stesso. Il principio fondamentale su cui si basa l'*equity jurisdiction* — scrive il SERENI — è che « essa può intervenire soltanto qualora il ricorrente non abbia un *adequate remedy at law* [...]. Ancora oggi la parte che invoca la giurisdizione dell'*equity* e forme di *relief* [tutela] proprie dell'*equity* deve allegare « — e dimostrare, ove tale allegazione sia contestata — di non avere « un *adequate remedy at law* [...]. Il principio secondo il quale l'*equity* « interviene ove non vi sia un *adequate remedy at law*, costituisce non « soltanto un limite alla giurisdizione dell'*equity*, ma anche una guida « per la sua espansione: l'*equity* tende ad intervenire, infatti, nelle « ipotesi che non siano previste o adeguatamente regolate dalla *law* » ⁽⁷⁶⁾.

Riguardo, poi, alla discrezionalità dell'intervento dell'*equity*, osserva ancora il SERENI che essa sussiste « non soltanto in relazione a particolari materie, ma anche in relazione a ciascuna fattispecie concreta « sottoposta al giudice. Una *court of equity* non interviene se il suo « intervento porterebbe a risultati contrari alla giustizia [...]. Tale « principio vige ancor oggi, nonostante la cosiddetta unificazione della « *law* [e] dell'*equity*. Per conseguenza, se il *relief* [mezzo di tutela] « richiesto dalla parte appartiene ad uno dei tipi di *relief* che stori-

⁽⁷⁵⁾ Cfr., su ciò, V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, cit., 124-125.

⁽⁷⁶⁾ *Studi di diritto comparato, ecc.*, cit., 92-93.

« camente furono sviluppati dall'*equity*, il giudice può, nell'esercizio « della propria discrezionalità, rifiutarsi di concederlo, qualora, in base « alle circostanze, la concessione del *relief* medesimo porterebbe ad « *inequitable results* » ⁽⁷⁷⁾.

I due rimedi tipici dell'*equity jurisdiction* sono la *specific performance* e l'*injunction*. Il primo, a difesa dell'esecuzione in forma specifica di obblighi contrattuali. Il secondo utilizzato soprattutto nel campo degli illeciti civili (*torts*), quale mezzo di tutela sia preventiva sia restitutoria. Entrambi tali rimedi sono assistiti dal potere del giudice di sanzionare per *contempt of court*, e mediante l'irrogazione di pene pecuniarie o detentive, l'inosservanza dei provvedimenti dallo stesso giudice in tal guisa adottati contro la parte inadempiente ovvero responsabile dell'illecito ⁽⁷⁸⁾.

La natura residuale e, insieme, discrezionale dell'intervento dell'*equity* ne riflettono, come è chiaro, l'originaria funzione « suppletiva », consistente nel colmare le lacune e nel rimediare alle deficienze della *common law*. Una funzione resa altresì manifesta dal carattere non sistematico dell'*equity*, sinteticamente indicato con la massima « l'*equity* segue il diritto » (*equity follows the law*), secondo la quale, mancando una disciplina organica dettata dall'*equity*, quest'ultima fa rinvio per tutto quanto non sia da essa previsto al regime di stretto diritto (*law*).

A seguito dell'unificazione del giudice competente ad applicare sia l'uno che l'altro complesso di norme e relativi mezzi di tutela, l'*equity* ha tuttavia cessato di occupare nell'ordinamento una posizione speciale e di mero soccorso rispetto al diritto (*law*), venendo anzi ad affiancarvisi fino a « pervadere l'intero sistema », nel senso che « l'*equitable relief* tende ormai sempre più a divenire una forma normale « ed usuale di tutela giudiziaria » ^(78bis). In questa nuova posizione l'*equity*, proprio per il carattere pervasivo assunto dal suo intervento, ha continuato e continua a svolgere un importante ruolo di adeguamento del diritto: quello, come è stato scritto, di « un fattore di riforma « del diritto » ⁽⁷⁹⁾. Analogamente il SERENI, a proposito della natura e della funzione attuali dell'*equity*, afferma, in conclusione del suo saggio, che l'*equity* è « una tecnica, e precisamente una delle tecniche « attraverso le quali il processo modifica le norme di diritto sostanziale, permettendone, limitandone o dirigendone l'applicazione e l'attuazione »; sicché, « per questo suo carattere tecnico l'*equity* mantiene

⁽⁷⁷⁾ *Ivi*, 91-92.

⁽⁷⁸⁾ Su questi due rimedi, nel loro quadro storico e per informazioni concernenti il loro attuale regime nonché i casi di applicazione, possono vedersi, rispettivamente, M. G. DE ROSSI, *Il « contempt of court » e la « specific performance » nel diritto inglese*, Roma, 1934, e A. FRIGNANI, *L'injunction nel diritto inglese e l'imbitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974.

^(78bis) SERENI, *Studi di diritto comparato, ecc.*, cit., 146.

⁽⁷⁹⁾ « ... an agency of law reform »: così A. K. R. KIRALFY, *The English Legal System* ⁴, London, 1967, 84.

« ancora una sua spiccata individualità [...] ed una funzione creatrice « particolarmente utile e vigorosa nell'ambito di ciascun sistema della « *common law* » ⁽⁸⁰⁾ ».

4.4. Il panorama della letteratura in lingua italiana sul sistema di *common law* non si esaurisce con le produzioni della nostra dottrina comparati(vi)stica. Ad esse infatti sono da aggiungere ancora i contributi in materia offerti da nostri studiosi di storia del diritto, e quelli — assai numerosi — consistenti nella traduzione di opere di autori stranieri.

Riguardo all'apporto dato da nostri cultori di storia giuridica, esso nasce in tempi molto recenti e tende a rivelarsi in testi che, pur senza essere dedicati ad approfondimenti originali della tradizione giuridica inglese, hanno il pregio, per essere oltretutto inseriti in lavori di ampio respiro storiografico, di divulgare, attingendole in parte alle fonti storiografiche di lingua inglese nonché ad opere (di comparazione e di storia giuridica) di autori stranieri e in parte alla nostra dottrina comparati(vi)stica, le conoscenze su vicende e caratteri salienti di quella tradizione giuridica. In tal senso, si tratta di testi che possono servire da sintesi introduttiva allo studio della *common law* (intesa, qui, nella sua accezione ampia). Si ricordano in particolare: C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* ⁽⁸¹⁾; e A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa* ⁽⁸²⁾.

4.5. Delle traduzioni e dei testi in lingua italiana di autori stranieri riguardanti in genere il sistema di *common law* possono ricordarsi, beninteso senza alcuna pretesa di completezza, i seguenti:

— per uno studio del pensiero giuridico anglo-americano e delle sue componenti, O. W. HOLMES, *Il diritto comune (anglo-americano)*, trad. it. di F. Lambertenghi, Sondrio, 1889, (e può altresì vedersi — in italiano — la raccolta di opinioni giudiziali e di scritti vari dello stesso HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Milano, 1975), B. N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto* (ed. it. a cura di V. Guelli), Firenze, 1961, R. POUND, *Lo spirito della « Common Law »* (ed. it. a cura di G. Buttà), già citato in precedenza;

— per un inquadramento a sfondo storico-istituzionale del diritto giudiziario inglese, incentrato sul ruolo del ceto dei giuristi di *common law*, P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (trad. it. di A. Biscardi), Firenze, 1962, cui adde,

⁽⁸⁰⁾ *Studi di diritto comparato, ecc.*, cit., 147.

⁽⁸¹⁾ Torino, 1971, il Cap. II su « la formazione di *common law* e di *equity* in Inghilterra » (pp. 27-61).

⁽⁸²⁾ Milano, 1979, la Sez. III su « le origini e la formazione storica del diritto inglese ». Questa Sez. è a sua volta articolata in più Capp. rispettivamente dedicati a: « origini e svolgimento della *common law* », pp. 479-529; « lo sviluppo storico dell'*equity* », pp. 530-546; « le corti inglesi dal XIX secolo ad oggi », pp. 547-554; « il ceto dei giuristi inglesi e la sua evoluzione storica », pp. 555-566; « la dottrina dei precedenti e la letteratura giurisprudenziale nella storia della *common law* », pp. 567-583; « tradizione romanistica e dottrine codicistiche in Inghilterra », pp. 584-610.

per taluni spunti a proposito del coinvolgimento dei *common lawyers* nelle lotte politico-costituzionali che segnarono, durante la prima metà del XVII sec., il passaggio dallo Stato dinastico allo Stato liberale inglese, G. A. RITTER, *Diritto divino e prerogative dei re inglesi, 1603-1640*, in AA. VV., *Lo stato moderno* (a cura di E. Rotelli e P. Schiera), III, Bologna, 1974, 69 ss.;

— per un esame dei tratti essenziali caratterizzanti il diritto inglese dal lato delle « fonti » e dell'« interpretazione », nonché sul pensiero di alcuni dei più grandi giuristi della tradizione anglo-americana riguardo alla concezione del diritto, per un confronto di sintesi tra la scienza giuridica inglese e quella continentale (specie tedesca), G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese* (ed. it. a cura di A. Baratta), Milano, 1962;

— per una riflessione, ancora, sui modi di essere caratteristici della scienza giuridica inglese (in confronto con quella continentale), E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit., il Cap. XII;

— per una complessiva considerazione, invece, della tradizione giuridica continentale in confronto con quella di *common law* si ricorda J. MERRYMAN, *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law* (trad. it. di A. De Vita), Milano, 1973;

— per un panorama informativo sul sistema della *common law* anglo-americana, le sue vicende e strutture, ed i principali istituti, nonché la sua diffusione nel mondo, i già citati R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, e M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity*, cui può aggiungersi J. D. DAVIES, sub v. « *Common Law* », in *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, 1959, 667 ss.;

— per lo studio, in particolare, dell'« *equity system* », delle sue origini e caratteristiche, F. W. MAITLAND, *L'equità* (trad. it. a cura di A. R. Borzelli), Milano, 1979;

— per una introduzione di carattere istituzionale allo studio del diritto inglese, J. A. ILIFFE, *Lineamenti di diritto inglese*, Padova, 1966 (cui può aggiungersi J. L. BRIERLY, *Il diritto inglese*, Roma, s.a., trad. dall'originale inglese edito dall'Oxford Univ. Press, 1943), e per una introduzione di analogo genere al diritto nord-americano R. PASCAL, *Corso di diritto privato statunitense*, Città di Castello, 1953, E. ALLAN FARNSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America* (trad. it. di R. Clarizia), Milano, 1979.

5. A) Passando, ora, a considerare, sempre beninteso per rapidi cenni, alcune delle principali materie di studio della *common law*, possiamo iniziare da quella denominata, complessivamente, *law of property* (o *property* soltanto). Essa consiste nel regime giuridico dei « beni »; ma con l'avvertenza, occorre subito aggiungere, che molte e fondamentali sono le differenze tra il diritto anglo-americano in questa materia e le parti dei codici civili continentali ricomprese sotto il titolo « dei beni » come oggetto della « proprietà ».

Invero, lo stesso significato tecnico del termine « *property* » non corrisponde a quello nostro di « proprietà », o di altri termini simili dei diritti dei paesi dell'Europa continentale (*Civil Law*). Un chiarimento al riguardo viene così offerto: « Nel linguaggio giuridico « *propriété* », « *proprietà* », « *propriedad* », ecc., come la fedele versione tedesca « *Eigentum* », indicano precisamente un diritto, e soltanto nel « linguaggio comune o popolare indicano la cosa (di regola immobile) « o l'insieme di cose su cui tale diritto esiste: il diritto, poi, che

« *proprieté* », « *proprietà* », « *propriedad* », ecc., o rispettivamente « *Eigentum* », indicano è il più ampio che nei rispettivi sistemi un soggetto può avere e precisamente è quello per il quale la cosa può « dirsi « *propria* » del soggetto, ossia appartenente a lui con esclusione « di qualsiasi altro. Nessuno di questi due elementi semantici si riscontra nell'inglese « *property* ». Il termine prima di tutto indica sia « dati diritti, sia le cose che sono oggetto di tali diritti, e il secondo « significato appartiene al linguaggio giuridico altrettanto che il primo; « inoltre i diritti a cui esso si riferisce sono tutti quelli che comportano « l'uso e il godimento di un bene, anche incorporale, sulla base di un « rapporto diretto con esso, e non necessariamente quello specifico « diritto grazie al quale la cosa può dirsi appartenere al soggetto in « via esclusiva. Tale specifico diritto è chiamato in inglese in modo « diverso, ossia « *ownership* » e, d'altra parte, viene riconosciuto e ammesso nei sistemi di *common law* in misura molto più ristretta che « non in altri sistemi »⁽⁸³⁾. Sempre sotto questo profilo, si avverte che nei sistemi di *common law* il campo dei diritti relativi alla *property* abbraccia « tutti i rapporti inerenti agli elementi del patrimonio o alla « ricchezza dei singoli soggetti, anche se intrinsecamente non hanno « natura reale»; mentre nei sistemi di *civil law*, come pure in quelli socialisti, « dove si fa ancora sentire l'influenza tecnica del diritto romano, si ha bensì una nozione di bene (*asset*) abbastanza ampia da « comprendere tutti gli oggetti dei diritti inclusi nella *property* dei « sistemi di *common law*, ma la fedeltà alla tradizionale distinzione « tra diritti reali e diritti di obbligazione ostacola o rende almeno « problematica l'inclusione nella *law of property* di taluni rapporti di « intrinseca natura obbligatoria »⁽⁸⁴⁾.

* * *

Per un corretto approccio, sia terminologico che concettuale, alla materia della *property* in *common law*, è bene muovere dalla distinzione che storicamente si riscontra in questo sistema tra « *real property* » e « *personal property* »⁽⁸⁵⁾.

In Inghilterra, il regime giuridico della *real property* (o, anche, *property in land*) si sviluppò all'interno della struttura feudale posta in essere dai conquistatori normanni. Da allora, l'impronta di queste

⁽⁸³⁾ G. PUGLIESE, *Appunti sulla « property »* (dispense del corso di diritto privato comparato), Roma, 1978-79, pp. 1-2.

⁽⁸⁴⁾ *Ivi*, 2.

⁽⁸⁵⁾ Al riguardo possono vedersi in italiano: M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity*, cit., 966 ss.; J. A. ILIFFE, *Lineamenti di diritto inglese*, cit., 88 ss. e 307 ss.; M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, specie 5-40 e 143-148.

origini feudali è rimasta a caratterizzare termini e concetti della *law of real property* (o *land law*) ⁽⁸⁶⁾.

A base della complessa architettura del regime immobiliare di *common law* sta il principio, appunto di origine feudale, per cui la terra (*land*, nel senso propriamente del suolo, e di tutto ciò che ad esso accede) si considera di assoluta ed esclusiva proprietà (*ownership*) del soggetto (persona od ente: il monarca o la Corona, nel caso inglese; gli Stati, in America ed altrove nel mondo di *common law*) titolare della sovranità in un determinato ambito territoriale. La proprietà fondiaria (*real property*) dei privati si concepisce, di conseguenza, come avente ad oggetto non la terra in sé, ovvero il bene fisico, ma solo un diritto (*interest*) di usarne e, in genere, di goderne per un periodo di tempo che seppure di durata indefinita non può mai essere illimitato, cioè perpetuo. Questo modo di configurare la proprietà immobiliare in *common law* si innesta storicamente sulla concessione feudale di godimento: «*tenure*», secondo il linguaggio del diritto inglese medioevale. Con tale termine si indicava il rapporto, nascente dall'atto unilaterale di concessione (*grant*), fra il *lord* (o concedente) e il *tenant* (o concessionario), relativamente al fondo concesso (*tenement*). Al vertice dell'ordine feudale, il soggetto concedente era, naturalmente, il re (nella sua qualità di signore supremo o *lord paramount*). Coloro che ricevevano la terra direttamente da lui, e che per ciò erano detti *tenants in chief*, potevano sub-concedere parti della terra ricevuta ad altri *tenants*, assumendo la qualifica di *mesne lords* (signori intermedi) nei confronti di questi ultimi: i quali pure, in una catena teoricamente infinita, potevano a loro volta divenire signori concedenti rispetto ad altri *tenants* ⁽⁸⁷⁾.

La concessione in godimento di un fondo, in quanto fatta a beneficio di soggetti liberi, ossia di condizione nobile, era denominata «*free tenure*» (o «*freehold*»), e veniva distinta dal rapporto di «*unfree tenure*» costituito nei confronti di soggetti di condizione servile, ovvero collocati in posizione marginale rispetto all'ordine delle gerarchie feudali: tali erano, in particolare, i contadini (*villeins*), obbligati a lavorare le terre del *lord of the manor* (signore del maniero), dal quale potevano

⁽⁸⁶⁾ Su ciò, oltre agli AA. già menzionati (alle note 83 e 85), possono vedersi, sempre in italiano: M. SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, cit., 175-176 in nota; R. FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, cit., specie pp. 24-28, testo e note; cui *adde*, con riguardo pure alla «recezione» negli U.S.A. per questa materia di espressioni e categorie tecnico-giuridiche derivate dal diritto feudale inglese, M. MATTEUCCI, *Principi di diritto privato degli Stati Uniti*, cit., 169 ss., e R. PASCAL, *Corso di diritto privato statunitense*, cit., 67 ss.

⁽⁸⁷⁾ A proposito della funzione svolta nell'Inghilterra medioevale da una siffatta rete di concessioni e relative gerarchie, sottolinea giustamente il FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 24 nota 2, che «queste *tenures* costituirono per lunghi secoli la base stessa della società inglese, in quanto da esse dipendeva l'organizzazione economica, politica, amministrativa, militare del paese [...]».

bensi ricevere la concessione per loro utilità di alcuni fondi. Esistevano, poi, vari tipi di *tenure* feudale (militare, religiosa, onorifica, ecc.), ognuno individuato dalla particolare natura dei vincoli (denominati *incidents of tenure*) che incombevano al *tenant*, nella forma di prestazioni o servizi che costui doveva rendere a vantaggio del *lord* concedente. Ma l'elemento fondamentale inerente alla *tenure*, la quale, come risulta da quanto precede, non operava un trasferimento immobiliare, era rappresentato dalla durata del godimento o, meglio, del complesso dei diritti (di generale *uti frui* sul bene fisico), di cui il *tenant* acquistava la titolarità per effetto appunto della concessione e nei limiti del rapporto corrispondente. Tale complesso di diritti, caratterizzato sotto il profilo della durata (variamente configurabile ma sempre tipicamente indefinita), si indica con il termine, già in uso nel XIV sec. e mantenutosi nel linguaggio della *common law* odierna, di « *estate* » (dal latino *status*). Questo termine è sintomatico del modo di concepire in origine, e durante l'epoca medioevale, la situazione del *tenant* (feudatario) rispetto al fondo concesso in godimento, alla stregua cioè di una « posizione » di rilievo insieme giuridico e sociale.

Non è qui possibile, né appare del resto interessante ai fini del presente lavoro, dilungarsi nella descrizione delle diverse specie e sottospecie di *estates*, elaborate, nel corso dei secoli, dalla giurisprudenza di *common law*. Così pure si tralascia di considerare il movimento di riforme legislative culminato, in Inghilterra, con il *Law of Property Act* (ed altri *Acts*) del 1925: riforme che, ponendosi invero l'obiettivo di una codificazione della *law of property*, non hanno tuttavia alterato, nella sostanza, il quadro tradizionale di riferimento formato da quella giurisprudenza⁽⁸⁸⁾. Si deve invece puntualizzare che, anche dopo la scomparsa in Inghilterra del feudalesimo (sia politico sia economico) e la formale abolizione (nel 1680) delle *tenures*, con la conseguente soppressione dei residui vincoli (*incidents*) a carico dei *tenants*, nonché delle signorie intermedie (rimanendo solo quella suprema della Corona), nell'ordinamento inglese e degli altri paesi di *common law* che, senza conoscere l'esperienza feudale, hanno comunque recepito in tale materia la struttura propria — storicamente — del primo, il regime della *real property* ha continuato e continua ad essere caratterizzato, per un verso, dall'« idea fondamentale della proprietà eminente della Corona o dello Stato sulla terra »⁽⁸⁹⁾; per un altro verso, dall'idea connessa, tradizionalmente fondata sulla dottrina della *tenure* (= concessione), secondo la quale « la « proprietà » ha per oggetto non un bene « fisico incluso nella *real property* ma un *estate* »⁽⁹⁰⁾, ovvero più in generale un « *interest in land* » (giusta la distinzione-equiparazione tra

⁽⁸⁸⁾ Naturalmente, per maggiori indicazioni al riguardo possono consultarsi, in lingua italiana, i testi degli AA. qui ricordati, nelle note 83, 85 e 86.

⁽⁸⁹⁾ Così, ad es., G. PUGLIESE, *Appunti sulla « property »*, cit., 133.

⁽⁹⁰⁾ Così, ad es., M. LUPOI, *Appunti sulla real property, ecc.*, cit., 68-69.

« *legal estates* » ed « *equitable interests* » di cui alla *section 1* del *Law of Property Act, 1925*, là dove in particolare il titolare di un « *legal estate* » viene appunto qualificato « *estate owner* », cioè « proprietario d' un *estate* »). Derivano da tutto ciò ulteriori e fondamentali conseguenze in ordine sempre alla nozione di *real property*, le quali altresì rilevano sul piano del confronto con quella di « proprietà » accolta nei paesi di *civil law*. Si tratta, in breve, di due aspetti strettamente legati e riguardanti: uno, la concezione per così dire « gradualistica » o, comunque, « pluralistica » del regime immobiliare di *common law*, quale si traduce tipicamente nella dottrina degli *estates*; l'altro, la « relatività » delle situazioni giuridiche che danno titolo al possesso (uso o godimento) di una cosa. Sotto il primo aspetto, si osserva che gli *estates*, configurati quali « posizioni » giuridiche minori della proprietà piena (*ownership*), ossia come « porzioni temporali del godimento totale della terra », risultano per ciò « qualitativamente omogenei », nel senso che essi « non si contrappongono l'uno all'altro »: là dove, invece, nei paesi di *civil law* « la proprietà viene contrapposta ai diritti su cosa « non propria » ⁽⁹¹⁾. Si comprende così l'affermazione di un autore inglese, secondo cui mentre nella tradizione di *common law*, grazie al concetto di *estate*, si riconosce « l'esistenza di differenti gradi di *ownership* », in quella romanistica si ammette « un grado soltanto, precisamente la proprietà assoluta » ⁽⁹²⁾. Sotto il secondo aspetto, proprio la non assolutezza delle situazioni giuridiche oggetto di *real property* rende altresì evidente l'assenza, nel regime di *common law*, della categoria della « rivendicazione » (*vindicatio*), quale sussiste invece nella tradizione romanistica (o di *civil law*) a tutela appunto del diritto (assoluto) di proprietà. Difatti, le « *forms of action* » elaborate dalla giurisprudenza di *common law* per la difesa dei « *legal estates* » contemplan l'effetto recuperatorio a favore della parte, tra quelle in lite, che dimostri di avere per sé « un titolo migliore » (*a better title*) al possesso della cosa. In tal senso, anzi, si precisa che *title* « è il termine usato per indicare i fatti che, se provati vittoriosamente, consentono all'attore di essere reintegrato nel possesso » ⁽⁹³⁾.

Si deve ancora far cenno di una figura di *interest in land*, quella indicata dal *Law of Property Act* del 1925 col nome tecnico di *term of years absolute* ma nota altresì come *leasehold interest*. Essa, pur avendo natura di *legal estate* (cioè di un *estate* tradizionalmente riconosciuto « *at law* ») relativo al godimento di un bene immobile, non

⁽⁹¹⁾ G. PUGLIESE, *Appunti sulla « property »*, cit., 134-135.

⁽⁹²⁾ G. C. CHESHIRE, *The Modern Law of Real Property*¹⁰, London, 1967, 34-35.

⁽⁹³⁾ Così, ad es., J. A. ILIFFE, *op. cit.*, 94. Questo A., altresì osservando che l'espressione *ownership* viene usata nel senso di « *the best right to possession* », precisa quindi, *Ivi*, 95, che « l'abbandono del concetto di proprietà assoluta (fuor che per la Corona) fa sì che le questioni di proprietà terriera si traducano nel diritto inglese interamente nell'esame del valore dei *titles* ».

viene tuttavia considerata appartenente al campo della *real property*. La ragione di tale esclusione deriva, storicamente, dal fatto che a base di questa figura di *interest* sta, all'origine, un rapporto di concessione (denominato appunto *leasehold*) diverso da quello di tipo feudale (*freehold*). Vale precisare, in proposito, che con il termine *lease* s'intende propriamente « il documento o l'atto compiuto attraverso il « documento, con cui il titolare di un *estate* concede ad un altro soggetto il pieno godimento della terra o, in genere, dell'immobile per « un determinato periodo di tempo » ⁽⁹⁴⁾. Nel caso del *lease* quindi, il rapporto fra concedente (*lessor*) e concessionario (*lessee* o *termor*) concerne il godimento di un immobile da parte di quest'ultimo, di regola dietro pagamento al primo di un canone (*rent*), per un certo numero di anni (*term*). In modo diverso, la concessione feudale di godimento (*tenure*) risulta — già s'è visto — caratterizzata, oltre che dal complesso dei vincoli (*incidents*) gravanti sul *tenant*, dalla durata indefinita (sebbene non illimitata) nel tempo. Stante, dunque, l'originaria natura non feudale del rapporto di *lease*, questo, non potendo rientrare nella *real property* (in quanto regime nato per corrispondere alla struttura feudale del possesso fondiario), venne inquadrato inizialmente, da allora rimanendovi, « nell'unica altra categoria disponibile: la *personal property* » ⁽⁹⁵⁾.

Invero, riguardo alla categoria della *personal property*, si osserva che essa assume storicamente un carattere residuale e, di conseguenza, anche piuttosto eterogeneo, rispetto a quella della *real property*. Si distinguono, in particolare, tre gruppi o tipi di « beni » oggetto di altrettante specie o forme di *personal property*, e precisamente:

i « *chattels real* », denominazione che rivela la posizione anomala e, comunque, *sui generis* occupata in questa categoria dal *term of years*, di cui s'è fatto cenno poc'anzi, insieme con alcuni *interests* minori, relativamente al possesso e, in genere, al godimento di un immobile (*land*);

le « *choses in possession* », o cose mobili corporali;

infine, le « *choses in action* », o beni incorporali, tra cui si annoverano i diritti di credito, specie quelli in materia commerciale.

Se si traduce tutto ciò nel nostro linguaggio, si ricava che la categoria della *personal property* spazia dai rapporti di locazione di immobili (complessivamente designati con il titolo di « *landlord and tenant* »), alla cosiddetta proprietà industriale (marchi, brevetti, diritti d'autore), ai titoli di credito (*negotiable instruments*), al mandato (*agency*) e ai rapporti associativi (società di persone e di capitali:

⁽⁹⁴⁾ Così G. PUGLIESE, *Appunti sulla « property »*, cit., 135.

⁽⁹⁵⁾ M. LUPOLI, *Appunti sulla real property, ecc.*, cit., 37.

partnership e *company*), al fallimento (*bankruptcy*), ed altri. Non è qui possibile, naturalmente, esaminare il rilievo e le conseguenze della distinzione fra *real* e *personal property* nella formazione dell'attuale sistema di *common law*. È bene comunque ricordare che la distinzione trova, storicamente, la sua rilevanza maggiore (anzi, si ritiene, la sua stessa origine) nel campo delle successioni a causa di morte, giusta l'antica regola secondo cui « *realty goes to the heir, personalty to the executor* », abolita in Inghilterra solo nel 1897 con il *Land Transfer Act*. In tale campo la distinzione continua tuttora ad avere un certo peso ⁽⁹⁶⁾.

Giova sottolineare, quanto alla diversità di nozione e di regime della *real property*, da un lato, e della *personal property*, dall'altro, che a quest'ultima, salvo il caso del *lease*, « non si applica, *at law*, « il concetto di *estate* ed il rapporto fra il soggetto ed il bene è immediato, cosicché [...] correttamente può parlarsi di proprietà di una « *personal property* (di un bene) » ⁽⁹⁷⁾.

Per completare questo breve quadro espositivo della *law of property*, occorre aggiungere che la distinzione fra *real* e *personal property*, fondamentale nell'ambito della *common law* in senso stretto, non rileva invece con riguardo all'*equity* e, precisamente, all'istituto del *trust* (di cui già s'è fatto cenno, *supra*, n. 4.3). Quest'ultimo infatti può avere ad oggetto sia un « bene » (*estate*) inerente alla *real property*, sia una *personal property*, oppure « beni » dell'una e dell'altra categoria insieme. Ciò, storicamente, perché il *trust* sorge quando quella distinzione si era ormai radicata nella tradizione giuridica inglese ⁽⁹⁸⁾.

B) Altra fondamentale articolazione del sistema di *common law* è quella che va sotto il nome di *law of torts* o, semplicemente, *torts*, con cui si designano nel loro complesso i « tipi » di illeciti che in tale

⁽⁹⁶⁾ Al riguardo, e più in generale per la materia delle successioni, che pure si ricomprende nella *law of property*, possono vedersi, sempre in italiano, M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity*, cit., 966-972; A. P. SERENI, *Esecutori testamentari e amministratori di eredità negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, ecc., cit., 149 ss. (pubblicato altresì nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1951, 120 ss.); M. LUPOI, *Appunti sulla real property*, ecc., cit., 134-142.

⁽⁹⁷⁾ Così, ad es., M. LUPOI, cit., 147.

⁽⁹⁸⁾ Sulla nozione e sulla struttura del *trust*, nonché sui modi di costituzione e sui vari tipi dell'istituto, si rinvia agli AA. menzionati in precedenza (note 83, 85 e 86), cui adde G. C. CHESHIRE, *Il concetto del « trust » secondo la « Common Law » inglese* (trad. it. di C. Grassetti), Torino, 1933; C. GRASSETTI, « *Trust* » anglosassone, *proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1936, I, 543 ss.; M. BUONINCONTRO, *Trust e civil law* (*Appunti di diritto comparato*), in *Rivista di diritto civile*, 1959, I, 680 ss. Per uno studio a contenuto particolare ma ugualmente interessante sul piano storico-comparativo, v. pure A. D'EMILIA, *Per una comparazione fra le piee causae nel diritto canonico il charitable trust nel diritto inglese e il waqf khairi nel diritto musulmano*, in *Atti del Primo Congresso di Diritto Comparato*, Roma, 1953, I, 187 ss.

sistema ricevono sanzione a titolo di responsabilità civile (*tort liability* o, anche, *civil liability*).

Alla tipicità dei *torts* fa riscontro, nel diritto anglo-americano, l'assenza di una categoria concettualmente unitaria di illecito civile (quale è da noi quella di cui all'art. 2043 c.c., in quanto fondata, così si ritiene, sulla previsione del dovere generale dell'*alterum non laedere*)⁽⁹⁹⁾.

Il principio della tipicità degli illeciti civili non costituisce, tuttavia, una caratteristica peculiare della tradizione di *common law*. In proposito, si rileva che tale principio « valeva negli ordinamenti giuridici « più antichi (e così nel diritto romano), e vale ancor oggi non solo « nel sistema della *common law*, che fondandosi sui precedenti presenta « una spiccata caratteristica di continuità (formale) col passato, ma « anche nell'ordinamento tedesco [...] »⁽¹⁰⁰⁾.

È appena il caso, poi, di aggiungere, sebbene l'argomento richieda un'attenzione affatto diversa, che nel nostro ordinamento è stata pure sollevata, in dottrina, la questione circa la tipicità o meno dell'illecito⁽¹⁰¹⁾. Non manca, del resto, chi fa osservare che « la differenza « fra i sistemi fondati sulla enumerazione di figure tipiche e quelli « fondati su un'amplissima regola generale è però meno spiccata di « quanto si possa credere »⁽¹⁰²⁾.

D'altro canto, non può essere dimenticato che in Inghilterra, come pure in altri paesi di *common law*, si assiste da tempo al fenomeno di una giurisprudenza che aggiunge sempre nuove ipotesi di responsabilità civile o allarga quelle tradizionali, ispirandosi al principio del *neminem laedere*⁽¹⁰³⁾. Invero, nell'odierno diritto inglese, la materia dei *torts* appare dominata e, certamente, risulta in buona parte assorbita da una figura di illecito, il c.d. *tort of negligence*, indicato anche con il termine di *negligence* semplicemente, di applicazione assai estesa; anzi, caratterizzata dalle indefinite possibilità applicative⁽¹⁰⁴⁾. Questa

⁽⁹⁹⁾ Al riguardo, e per un approccio alla materia dei *torts*, possono vedersi, in italiano, tra gli altri: M. SARFATTI, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, cit., 285 ss.; M. IANNUZZI, *Appunti critici in tema di « law of torts »*, in *Annali Fac. Giur. Bari*, XII, 1953; R. PASCAL, *Corso di diritto privato statunitense*, cit., 109 ss.; J. A. ILIFFE, *Lineamenti di diritto inglese*, cit., 211 ss.; M. RHEINSTEIN, voce *Common Law - Equity*, cit., 963 ss.; G. TEDESCHI, *Il concetto di « tort » in diritto inglese*, in *Foro italiano*, V, 1968, 89 ss.; P. TESAURO - G. RECCHIA, voce « *Torts* », in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1972; M. BESSONE - G. ALPA, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1977, I, 245 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Così P. TRIMARCHI, voce *Illecito (div. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, 1977, 92.

⁽¹⁰¹⁾ In proposito, per maggiori ragguagli bibliografici, può vedersi, più di recente, A. FRIGNANI, *L'injunction, ecc.*, cit., 67-68 nota 2, e 408 ss.

⁽¹⁰²⁾ Così ancora P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., dove viene precisato che si tratta di una differenza concernente piuttosto il diverso ruolo del giudice nell'uno e nell'altro modello, rispettivamente, di disciplina della materia.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. TEDESCHI, *Il concetto di « tort »*, ecc., loc. cit., 89.

⁽¹⁰⁴⁾ Si veda, per tutti, M. A. MILLNER, *Negligence in Modern Law*, London, 1967.

figura è stata elaborata dalla giurisprudenza soprattutto degli inizi del nostro secolo in risposta all'aumento crescente degli infortuni causati dal diffuso impiego delle macchine nell'industria e nella società moderne. Essa si fonda, come suo elemento principale, su un concetto di « dovere giuridico di diligenza » (*legal duty of care* o *duty of care* soltanto) di portata — tendenzialmente — generale. Secondo una definizione divenuta — per così dire — classica, esso consiste nel dovere di ciascuno di evitare di compiere atti od omissioni che, è ragionevole prevedere, possano arrecar danno al proprio « vicino » (« *You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour* »); cioè, a persone così strettamente e direttamente interessate dalla condotta del soggetto, che questi dovrebbe ragionevolmente preoccuparsene, allorquando si accinge a compiere gli atti o le omissioni in questione ⁽¹⁰⁵⁾. Si tratta di un dovere dai contorni, in pratica, piuttosto vaghi, anche se in teoria precisati (o precisabili) con riferimento alle ipotesi in cui due o più soggetti si trovano in una relazione tale che il comportamento di uno possa ragionevolmente implicare il rischio probabile di danni alla persona o alle cose altrui. Invero, la sostanziale indeterminatezza della nozione di *duty of care* appare in modo (forse, sin troppo) palese dall'affermazione fatta, più di recente, da un altro autorevole esponente della magistratura inglese, il quale a proposito, appunto, dei limiti di questo dovere si è così espresso: « Quanto ampia debba essere « la sfera del dovere di diligenza nell'illecito di *negligence* dipende in « definitiva dalla valutazione che i giudici fanno della domanda sociale « di protezione dalla trascuranza (*carelessness*) della gente » ⁽¹⁰⁶⁾. Si tratta comunque di un'affermazione, importa qui sottolineare, il cui interesse maggiore consiste in ciò che essa chiaramente individua nella giurisprudenza la fonte, se non esclusiva, di gran lunga prevalente del regime della responsabilità civile e delle connesse ipotesi di illecito, in seno al diritto inglese e a quello degli altri paesi di *common law*.

Da un punto di vista storico, occorre aggiungere che la struttura eminentemente casistica della materia dei *torts*, ossia la sua articolazione in figure di illeciti (da quelle sorte in epoca medioevale e che ancora conservano la loro denominazione originale, alle più moderne, in genere indicate con espressioni che richiamano gli interessi oggetto di tutela) distintamente regolate attraverso i precedenti giudiziari, appoggia sullo sfondo dell'antico sistema delle *forms of action*. È all'in-

⁽¹⁰⁵⁾ *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, per Lord ATKIN, a p. 580. Si veda, in italiano, per ulteriori e più specifici rilievi sull'argomento, M. BESSONE, *Responsabilità per negligence e teoria dell'illecito. Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1974, 548 ss.; nonché G. ALPA, *Teorie e ideologie nella disciplina dell'illecito* (*Appunti sulla evoluzione della « tort liability »*), *Ivi*, 1977, 811 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, per Lord PEARCE, a p. 536.

terno, infatti, di questo sistema che nasce e si evolve, per opera delle corti di *common law*, la disciplina dei *torts*. La «tipicità» dei *writs* e delle relative forme di azione si trasmette così, lasciandovi un'impronta ancor oggi visibile (nonostante l'abolizione di detto sistema), alle categorie di illeciti lì originariamente contemplate, ognuna risultando caratterizzata da un particolare intreccio di elementi di diritto processuale (legittimazione ad agire, modi di giudizio, regime delle prove, ecc.) e sostanziale (individuazione delle situazioni soggettive tutelate o tutelabili, specie di responsabilità, assoluta o per colpa, valutazione della colpevolezza e del nesso di causalità, rilevanza del concorso di colpa del danneggiato, misura dei danni, ecc.). In proposito, si rinvia agli scritti già citati del GORLA (*supra*, n. 4.2).

Tra le più antiche forme di azione (e corrispondenti categorie giuridiche) in materia di illecito vale ricordare soprattutto quella di *trespass*, per l'importanza da essa avuta nello sviluppo della *common law* dal lato sia dei *torts* che delle obbligazioni contrattuali. All'inizio, fra i secc. XIII e XIV, l'ambito coperto dall'azione è quello, tuttora relativo all'illecito di *trespass* (= *transgressio*), avente ad oggetto l'inviolabilità della persona e delle cose da questa possedute, contro ogni offesa ed interferenza fisica (*corpore corpori*) da parte di terzi. Di qui, poi, la tripartizione di questo illecito in *trespass to person* (articolato a sua volta in *assault and battery* e *false imprisonment*), *to land* e *to chattels*, basata sugli interessi rispettivamente protetti, e cioè: l'integrità o la libertà personale, ed il possesso — in senso generico — di beni immobili o mobili.

Nelle sue prime applicazioni il *writ of trespass*, quale strumento inteso ad affermare la giurisdizione delle Corti di Westminster (rispetto a quella delle corti locali e feudali), era l'atto, concesso su istanza di parte dalla Cancelleria regia, con cui il sovrano comandava al convenuto di comparire davanti ai suoi giudici per rispondere dell'ingiuria (*wrong*) da quest'ultimo arrecata «*vi et armis*» e «*contra pacem nostram*» (secondo le parole contenute nella formula del *writ*); ossia, in modo violento ed infrangendo la pace pubblica (*King's peace*). Di qui la natura, come suol dirsi, semi-penale dell'azione che veniva avviata, nel senso che all'accertamento in giudizio del fatto di *trespass* conseguiva non solo l'obbligo del risarcimento dei danni ma, altresì, la condanna del responsabile ad una pena pecuniaria o, in caso di mancato pagamento, detentiva. Questo carattere parzialmente penale (che andò col tempo scomparendo per essere definitivamente abolito verso la fine del XVII in forza di una legge del 1694), accompagna e riflette il sorgere della *tort liability* come autonoma sfera di responsabilità all'interno di quella più ampia ispirata al principio della «pace del Re», in quanto bene di rilevanza pubblica alla salvaguardia del quale pure erano ricondotte le esigenze di tutela degli interessi dei privati. Naturalmente, il richiamo alla «*King's peace*», insieme con l'altro e

complementare a forme di violenza armata, non tardò ad assumere valore simbolico o, meglio, di finzione che, senza cioè trovare riscontro nell'oggettiva gravità dello stato di turbativa risultante dall'atto illecito in tal guisa denunciato, aveva invece l'unico scopo di favorire l'accentramento della giurisdizione per i casi di specie nelle Corti di Westminster. Questa originaria impronta pubblicistica dell'illecito, oltre al motivo dell'intangibilità degli interessi dallo stesso protetti, vale tuttavia a spiegarne, ancor oggi, due particolari aspetti, e cioè: il carattere assoluto od oggettivo della responsabilità nel *trespass*, ed il fatto che per agire in *trespass* non è necessario provare il danno subito (onde si dice, con espressione significativa, che l'illecito di *trespass* è *actionable per se*).

Si offre qui lo spunto per una considerazione più generale (che andrebbe, s'intende, ben altrimenti approfondita), e cioè che la materia dei *torts* è uno dei settori dove, più che in altri forse, le origini medioevali e la fonte giurisprudenziale del sistema di *common law* hanno operato nel senso, tendenzialmente, di una sostanziale indistinzione o commistione tra le categorie del « pubblico » e del « privato ».

Un risultato particolarmente interessante di tale tendenza è costituito dalla utilizzabilità (ed effettiva utilizzazione in determinati periodi storici) di alcune figure di illeciti civili in funzione regolatrice, sia direttamente sia indirettamente, di aree di interesse pubblico. Ad esempio, nel campo della disciplina dello sviluppo urbano dei suoli edificabili, menzione va fatta di un'altra antica categoria di illeciti, quella di *nuisance*, concernente la tutela dell'uso e del godimento di immobili e relativi diritti, contro ogni molestia o turbativa, tranne i casi di spoglio. Si tratta, infatti, di una categoria che, nel suo sviluppo storico fino ad oggi, si trova utilizzata quale strumento di regolamentazione dei rapporti di vicinato e, per questa via, anche di controllo urbanistico ⁽¹⁰⁷⁾. Così, ancora, come esempio della summenzionata tendenza vale ricordare, nel campo delle libertà politico-sindacali, il ricorso della giurisprudenza a sanzioni civili, cioè basate su figure (alcune appositamente elaborate allo scopo) di *torts*, in via sostitutiva o alternativa ma, sostanzialmente, di efficacia pari a quelle penali. Ciò specialmente in Inghilterra, a motivo del resto di una risalente concezione delle libertà intese, in questo Paese, nel senso relativo di « immunità » più che in quello assoluto di « diritti » ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ In tema si veda, più ampiamente, con specifico riguardo al solo sistema statunitense, A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milano, 1975, 193 ss.; dove pure viene segnalato il significativo parallelismo con l'esperienza del diritto comune continentale relativa, in questa materia, al divieto degli atti emulativi (*Ivi*, 43 ss.).

⁽¹⁰⁸⁾ In proposito può vedersi, per l'esperienza anche recente inglese, F. ALBISINNI, *Sul regime giuridico dello sciopero in Gran Bretagna. Strumenti pubblicistici e privatistici di intervento e di controllo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1975, I, 623 ss. Mi permetto altresì di aggiungere due

Per tornare, comunque, al *writ of trespass* e alle sue applicazioni, si deve dire, molto rapidamente, che questa azione delittuale venne estendendo attraverso l'opera della giurisprudenza, nel corso dei secc. XIV e XV, la propria portata fino a ricomprendere casi di illecito non implicanti l'uso di una violenza fisica e l'offesa diretta (*corpore corpori*) alla persona o alle cose del danneggiato. Presupposto di tale estensione fu « l'idea che le circostanze del caso, allegate dall'attore, evidenziassero un danno cagionatogli dalla controparte, meritevole di essere preso in considerazione anche al di fuori di un'ipotesi di violenza e giustificassero quindi un trattamento analogo a quello di *trespass* » (109). Si ebbe così, come filiazione della più antica ed originaria azione di *trespass*, una nuova *form of action* denominata *trespass upon the special case* (od anche *action on the case* o, semplicemente, *case*). Si trattava di « categorie *omnibus* », nel senso che tanto l'azione di *trespass* quanto l'azione di *case* potevano servire, rispettivamente, per vari tipi di *wrongs*, ossia di illeciti civili (110). Data l'ampiezza e potenziale indeterminatezza dell'ambito di ciascuna di esse, non sempre ne risulterà chiara, in concreto, la linea di confine, astrattamente individuata nell'elemento della « violenza ». Sicché si ricomprendono sotto la categoria (*form of action*) di *trespass* i casi di violazione o invasione della sfera giuridica altrui mediante applicazione (diretta) della forza fisica, e sotto l'altra di *case* quelli di invasione non fisica (111). Onde la bipartizione degli illeciti in « *wrongs with violence* » e « *wrongs without violence* », quale si ritrova nell'opera del BLACKSTONE, là dove appare significativa, altresì, l'inclusione dell'inadempimento contrattuale (*breach of contract*) ancora tra i casi di illecito della seconda categoria (112). A questo proposito occorre infatti osservare, sinteticamente, che: a) sul versante « delittuale », l'azione di (*trespass on the*) *case* si pone alla base della successiva evoluzione della *common law of torts*, fino all'emergere — in tempi relativamente recenti — del *tort of negligence* quale figura di illecito, già s'è visto, dalla portata tendenzialmente generale, che quasi sembra voler riassumere, retrospettivamente, la lunga serie di precedenti via via elaborati dalla giurisprudenza di caso in caso (*on the case*, appunto); b) sul versante « contrattuale », quella stessa azione, attraverso ulteriori sue ramificazioni, dai giudici create mediante il ricorso a finzioni giuridiche, darà — per così dire — un contributo decisivo al sorgere nel diritto inglese di una autonoma nozione di « *contract* ». Ciò, in particolare, grazie all'azione c.d. di *trespass on the case in assumpsit* o di *assumpsit* solamente (dal termine latino « as-

miei brevi commenti, rispettivamente, sull'esercizio delle libertà sindacali e politiche in Inghilterra, in *Temì romana*, 1974, 713 ss., e 1975, 657 ss.

(109) Così, ad es., A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., 518.

(110) Cfr. G. GORLA, *Formazione e strutture fondamentali, ecc.*, cit., 1649.

(111) Cfr., ancora, GORLA, *Studio storico-comparativo, ecc.*, cit., 41.

(112) *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-69, vol. II, 118.

sumpsisset» contenuto nella formula del relativo *writ*), con cui era possibile agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito a seguito della cattiva esecuzione (*misfeasance*) o della mancata esecuzione (*non-feasance*) della prestazione che il convenuto si era *assunto* (aveva, cioè, *promesso*) di adempiere a favore dell'attore. In particolare, nel caso di *non-feasance* l'attore allegava di essere rimasto vittima di un inganno (*deceit*) da parte del convenuto inadempiente ⁽¹¹³⁾.

Si deve qui aggiungere, sempre a proposito delle derivazioni di *trespass* e di *trespass on the case*, la notazione, per molti versi significativa, che la tutela della «proprietà» (nel senso lato di «titolo» al possesso) di beni immobili o mobili ha finito per essere assicurata in *common law* da due azioni di origine delittuale. Una, quanto agli immobili, è l'azione di *ejectment* (o *action for the recovery of land*, giusta la sua denominazione odierna), derivata da *trespass* (nella specie del *trespass to land*). L'altra, quanto ai mobili, è l'azione di *trover*, derivata dall'*action on the case* mediante il ricorso a un'ardita *legal fiction* per cui la restituzione della cosa mobile sottratta al suo legittimo proprietario (*owner*) avviene sulla base di un finto smarrimento della cosa stessa e del ritrovamento e conseguente appropriazione indebita (*tort of conversion*) da parte dell'attuale possessore. Secondo una definizione del GORLA, *ejectment* è l'«azione tendente al recupero, *ex quacumque petendi causa*, di una cosa immobile», e *trover* l'«azione tendente al recupero, *ex quacumque petendi causa*, di una cosa mobile, o del suo valore (a scelta del convenuto)» ⁽¹¹⁴⁾. Giova poi osservare che, data questa origine delittuale dell'azione di *trover*, si spiega «come «non esista nel diritto inglese un concetto di rivendica dei beni mobili: «proprio perché, nella storia della *common law*, al posto della rivendica «mobiliare sorse l'azione di *trover*, con la finzione che vi si connette» ⁽¹¹⁵⁾.

Un rilievo conclusivo, nella linea di quelli finora svolti e dedicati a profili terminologici e concettuali della materia dei *torts*, merita d'esser fatto con riguardo alla nozione di «*damages*». In punto è stata giustamente notata l'improprietà dell'uso della nostra espressione «risarcimento dei danni» o «azione risarcitoria» quale esatto corrispondente del termine inglese *damages* ⁽¹¹⁶⁾. Senza poter, in questa sede, soffermarci sull'argomento, basti solo ricordare che in *common law* si distinguono varie forme di *damages* (*contemptuous*, *nominal*, *ordinary* o *substantial*, *exemplary* o *punitive*, ed ancora *prospective damages*), ognuna con una sua disciplina relativa o al tipo di *tort*, o alla condotta

⁽¹¹³⁾ Ma su questa azione, di fatto contrattuale, e su quella, pur essa filiazione di *case*, dell'*indebitatus assumpsit*, avente ugualmente carattere contrattuale, nonché sul lento e faticoso processo di enucleazione all'interno delle *forms of action* di una categoria generale di «*contract*», v. GORLA, *Il contratto*, cit., vol. I, pp. 338 ss., e, per altri riferimenti bibliografici, *infra*, nel testo, *sub C*.

⁽¹¹⁴⁾ *Formazione e strutture fondamentali*, ecc., cit., 1649.

⁽¹¹⁵⁾ Così, ad es., A. CAVANNA, *op. cit.*, 522.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. A. FRIGNANI, *L'injunction*, ecc., cit., 46 nota 89.

tenuta rispettivamente dall'attore e dal convenuto prima e durante il processo, oppure ad altri elementi ancora. In tal senso, l'espressione *action for damages* non ha contenuto concettualmente univoco, potendo essere indifferentemente usata per designare fenomeni di natura diversa e, comunque, non soltanto risarcitoria. Delle varie forme di *damages*, tuttavia, la più comune è quella degli *ordinary* (o *substantial*) *damages*, assimilabile alla nostra categoria del risarcimento dei danni *ex* articolo 2043 c.c. (117).

C) Per completare il quadro dei principali rami in cui si articola lo studio della *common law*, si deve ora accennare al regime dei rapporti contrattuali (*law of contract*) in tale sistema. Qui ci si limiterà ad alcune brevi considerazioni di ordine generale riguardanti il profilo terminologico e quello concettuale della categoria del « *contract* » in *common law*, rinviando per ulteriori e più specifici approfondimenti su questa materia alla bibliografia in lingua italiana posta in fine.

Sotto il profilo terminologico, occorre avvertire che « *contract* » e « contratto » non hanno significato coincidente. Nella *common law*, infatti, il vocabolo « *contract* » indica, propriamente, il nostro « contratto obbligatorio » (118). Nel caso peraltro della compravendita mobiliare (*sale of goods*), si ricorda che il relativo *contract* ha per effetto di trasferire, limitatamente alle parti, la proprietà sulla base del contratto stesso; laddove nei confronti dei terzi il trasferimento è efficace solo con la consegna della cosa (119). Per ragioni storiche, poi, mentre « nel diritto continentale vengono considerati sotto l'angolo visuale e « il *nomen* del 'contratto' anche i complessi e intrecciati doveri che « scaturiscono *hinc et inde* (ma non in rapporto di reciprocità) nel « mandato, o simili, e nelle situazioni di custodia di cose altrui », nella *common law*, invece, rapporti e situazioni corrispondenti (quali l'*agency* ed il *bailment*, rispettivamente) vengono assunti, con quei complessi doveri, « sotto l'angolo visuale di una *relationship* (cioè del complesso « legame derivante da una posizione in cui le parti si trovano, più o « meno volontariamente), così come i rapporti fra *master and servant* « (il nostro contratto di lavoro) e fra *landlord and tenant* (il nostro « contratto di locazione) » (120).

(117) Su tutto ciò v., in italiano, ancora FRIGNANI, *op. cit.*, 185 ss., ed AA. *ivi*.

(118) Così GORLA, voce *Consideration*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1960, 176, a p. 181.

(119) In punto, R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, testo litografato, Torino, 1980, 94.

(120) Ancora GORLA, voce *Consideration*, *cit.*, *ibid.* Analoga avvertenza esprime, sempre sotto questo profilo, M. LUPOI, *Il luogo dell'esecuzione del contratto come criterio di collegamento giurisdizionale*, Milano, 1978, p. XVI, ove si ribadisce sinteticamente che « fenomeni giuridici compresi nella sfera del 'contratto' non lo sono in quella del *contract* (ad esempio il mandato gratuito, il comodato), così come fenomeni di *contract* non costituiscono 'contratto' (ad esempio l'*unilateral contract* fondato sullo scambio di una promessa con una prestazione) ».

Ma l'esperienza di *common law* in materia di rapporti contrattuali differisce da quella dei paesi di *civil law* sotto l'aspetto altresì concettuale, avuto cioè riguardo alla nozione ovvero al fondamento della categoria del « *contract* ». In proposito, si può ritenere che, a differenza dalla nozione di 'contratto' nei sistemi giuridici continentali, quella di *contract* presenta, storicamente, una attrazione assai minore verso l'elemento, soggettivamente inteso, dell'*accordo* (« incontro » o « fusione » di volontà), preferendo piuttosto ancorarsi al requisito, oggettivamente inteso, della *promessa*, in quanto base dell'affidamento ragionevole fatto da una parte sull'altra (c.d. principio della *reliance*) ⁽¹²¹⁾. In tal senso, l'ASCARELLI, ricordando la derivazione dell'azione di danni per inadempimento contrattuale da un'azione *ex delicto*, anzi originariamente criminale, quale quella di *trespass* (*supra*, B), osservava che « il « *contract* » inglese non si riporta a un incontro di consensi, a una norma che « trovi sua fonte in un incontro di volontà paritetiche; si riporta all'idea della responsabilità » ⁽¹²²⁾.

Ciò richiama, per un verso, le origini medioevali (feudali) della *common law*, è precisamente il fatto della nascita e dell'evoluzione di questo diritto in un ambiente caratterizzato dalla prevalenza, rispetto all'idea del contratto, dell'idea del *tort*, « onnicomprensiva e assorbente, « nel senso della violazione di doveri non « contrattuali » o non « siderati come tali [...] doveri di condotta o di diligenza concepiti « come personali, cioè fra persone o posizioni determinate o determinabili » ⁽¹²³⁾.

Al riguardo, sull'influenza determinante dell'« elemento feudale » (ossia, di una concezione dei rapporti giuridici come correlati allo *status* delle parti più che come espressione di volontà soggettive) nello sviluppo della *common law*, è utile rifarsi all'opera di R. POUND, *The Spirit of the Common Law* ⁽¹²⁴⁾, il cui primo capitolo è appunto intitolato all'« elemento feudale » della *common law*. Vi si legge, in particolare, che la « famosa teoria di Sir Henry Maine, secondo la quale « l'evoluzione del diritto è segnata dal passaggio dallo *status* al contratto [...] è riferibile soltanto alla storia del diritto romano », mentre essa « non ha alcuna base nella storia del diritto anglo-americano » ⁽¹²⁵⁾. Agli occhi del Pound, difatti, « il principale fattore della formazione « del [...] sistema giuridico [anglo-americano] e di molte delle sue

⁽¹²¹⁾ Su ciò v., con riguardo pure all'evoluzione storica di *contract*, GORLA, *Il contratto*, cit., vol. I, §§ 17, 26-27 (specie pp. 349-365); e adde, per una documentata ricostruzione del significato di *contract* oscillante tra *promise* e *agreement*, R. M. JACKSON, *The Scope of the Term Contract*, in *The Law Quarterly Law Review*, 1937, 525 ss.

⁽¹²²⁾ *Unificazione del diritto dello Stato e tecnica dell'interpretazione*, in *Problemi giuridici*, cit., I, 343 testo e nota 8.

⁽¹²³⁾ GORLA, *Interessi e problemi*, ecc., cit., 947.

⁽¹²⁴⁾ Ed. it. *Lo spirito della « Common Law »*, a cura di G. Buttà, cit.

⁽¹²⁵⁾ R. POUND, *Lo spirito*, ecc., cit., 27.

« più caratteristiche dottrine è stata l'analogia con [il] rapporto feudale [fra signore e vassallo], che proponeva una concezione giuridica « dei diritti, dei doveri e della responsabilità come derivanti, non da « una situazione giuridica soggettiva emergente da un'espressa e volontaria azione, bensì semplicemente e solamente da un sottostante « rapporto » ⁽¹²⁶⁾. In contrasto con la tradizione romanistica dei sistemi continentali, dove « l'idea centrale [...] è quella di garantire e realizzare la volontà » e « tutto viene dedotto dalla volontà [...] o ad « essa riferito » ⁽¹²⁷⁾, il diritto anglo-americano — osserva Pound — « è pervaso in ogni suo aspetto dall'idea del rapporto e delle conseguenze giuridiche da esso derivanti » ⁽¹²⁸⁾. Il contributo feudale, dunque, al moderno sistema di *common law*, alla sua struttura complessiva e a singole sue articolazioni, lungi dall'esaurirsi in una serie di ascendenze di natura terminologica e formale o, comunque, tanto visibili quanto esteriori, consiste più profondamente in una precisa eredità culturale. Si tratta, come ne dice ancora il Pound, di « un modo fondamentale di pensare, di affrontare le situazioni e i problemi giuridici » ⁽¹²⁹⁾. Un modo che, basandosi sull'analogia, di generale applicazione ai nuovi problemi, riguardante i reciproci doveri e diritti « tra signore e vassallo » ⁽¹³⁰⁾, vale a temperare le pur forti e molteplici componenti individualistiche, riassorbendole tendenzialmente in una concezione « relazionale » delle situazioni giuridiche soggettive. Tra gli autori inglesi, v'è anzi chi esplicitamente riconosce, a tale proposito, nel « carattere relazionale del diritto inglese, l'elemento che per lungo tempo è stato uno dei principali segni distintivi del [loro] sistema « e che, nonostante l'individualismo del diciannovesimo secolo, ha trovato in oggi nuova vita » ⁽¹³¹⁾.

Senonché, con specifico riguardo al principio della *reliance*, ugualmente significativo appare, da un altro punto di vista, il fatto che una delle prime formulazioni di questo principio si trovi proprio in un'opera, quella del SAINT GERMAIN (*The Dialogue in English, between a Doctor of Divinity, and a Student in the Laws of England*, Cap. 24), che riflette e testimonia l'influenza sull'*equity* inglese, almeno tra i secc. XV e XVI, delle dottrine canonistiche. Dottrine le quali erano nella materia dei *pacta* in particolare ispirate all'idea della *fides* e della connessa responsabilità del promittente, in caso di inadempimento, nei confronti del promissario, per le conseguenze dannose da quest'ultimo subite fidandosi della promessa.

⁽¹²⁶⁾ *Ivi*, 21.

⁽¹²⁷⁾ *Ivi*, *ibid.*

⁽¹²⁸⁾ *Ivi*, 22.

⁽¹²⁹⁾ *Ivi*, 16.

⁽¹³⁰⁾ *Ivi*, 26.

⁽¹³¹⁾ Così R. H. GRAVESON, *The Spirit of the English Law*, in *The Juridical Law Review*, 1948, 83, a p. 86 (ora in *One Law on Jurisprudence and the Unification of Law*, Amsterdam e altrove, 1977, II, 20, a p. 22).

Sullo sfondo, comunque, delle prospettive fin qui delineate, assunte nel complesso delle loro componenti storico-culturali, si pongono i più recenti sviluppi della *law of contract* sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, caratterizzati soprattutto dalla tendenza « a fare ciascun operatore responsabile delle conseguenze della propria strategia di trattativa (ed a predisporre gli strumenti per proteggere le ragionevoli « aspettative suscitate in altri) »⁽¹³²⁾. Una tendenza, vale aggiungere, che, elevando a regola generale la tutela dell'affidamento, attraverso l'espansione della dottrina del « *promissory estoppel* » (o, anche, « *equitable estoppel* »), perviene ad una sostanziale attenuazione, se non all'eliminazione, delle linee di confine tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale⁽¹³³⁾.

Altre differenze tra la nozione di 'contratto' e quella di *contract* (nel senso, essenzialmente, di promessa giuridicamente sanzionata o, meglio, di promessa come assicurazione di un risultato, piuttosto che come promessa o obbligazione di una prestazione) si riconducono all'elemento della *consideration* quale requisito fondamentale in *common law* dell'obbligazione contrattuale (eccetto il caso del contratto in forma solenne o « *under seal* »), nonché agli aspetti della disciplina del *contract* che a tale requisito si riconducono⁽¹³⁴⁾.

Giusta la definizione più accettata, con il termine *consideration* si indica, precisamente, un comportamento del promissario, tenuto su richiesta (*request*) del promittente, dal quale derivi un vantaggio (*benefit*) per il promittente ovvero un sacrificio (*detriment*) per il promissario. Come osserva il GORLA, la *consideration*, nei suoi elementi tipici di *request*, *benefit* e/o *detriment*, racchiude qualunque ipotesi di rapporto riconducibile a promesse o, in genere, a patti⁽¹³⁵⁾. Ancora secondo questo A., la *consideration*, « più che un requisito del contratto, come « la nostra causa dalla portata assai discutibile », è un principio che « pervade tutto il sistema contrattuale di *common law*, appunto in quanto ne rappresenta lo spirito, e cioè l'idea che chi intende obbligarsi giuridicamente deve mostrare, attraverso lo schema formale

⁽¹³²⁾ Così M. BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equity*, loc. cit., a p. 439.

⁽¹³³⁾ Sul fenomeno, destinato — come è chiaro — ad incidere profondamente sulla nozione e funzione della categoria del *contract* v.: G. ALPA, *La « morte » del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del « common law »*, in *Politica del diritto*, 1976, 726 ss.; e, più di recente, M. BESSONE, *Svolgimento storico della Law of Contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, 491 ss. (entrambi dedicati, in specie, all'esperienza statunitense).

⁽¹³⁴⁾ Sui vari significati in senso tecnico del termine *consideration*, ovvero sulle mutazioni definitorie da esso subite nel corso del tempo, dal suo primo apparire in epoca medioevale, può vedersi, in italiano, G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968, 20 ss.

⁽¹³⁵⁾ *Il contratto*, cit., I, 470.

« di uno scambio, la volontà seria e precisa di obbligarsi, stabilendo, « in modo altrettanto preciso e formale, le condizioni dello scambio « stesso » ⁽¹⁸⁶⁾.

Bibliografia su « contract ». Per quanto concerne, in complesso, la disciplina negoziale dei paesi di *common law* (Inghilterra e Stati Uniti, principalmente), esiste da noi un'ampia letteratura, di cui non è possibile fare qui una rassegna esauriente, né quanto alla menzione degli Autori, né quanto all'indicazione dei temi trattati.

Una prima esposizione, eminentemente descrittiva, della *law of contract* si ha con M. SARFATTI, *I contratti nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, apparso in più puntate sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (1910, 109 ss.; 1912, 3 ss., e 147 ss.); riprodotto successivamente, con modifiche, in *Le obbligazioni nel diritto inglese, ecc.*, cit., 71 ss. Chi più ha contribuito a far conoscere da noi gli aspetti ed i motivi storici, culturali e tecnici caratterizzanti il regime contrattuale di *common law*, nell'ambito della comparazione con la *civil law*, è il GORLA, con la sua opera *Il contratto*, cit. (2 voll.), ed una produzione saggistica sia anteriore che successiva.

Per uno studio in generale della materia possono altresì vedersi: G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit.; e, più di recente, V. TEDESCHI - G. ALPA, *Appunti e materiali sul contratto nel diritto nord-americano*, Genova, 1979.

Sui problemi concernenti la nozione di *contract*, possono ricordarsi, tra gli altri: G. TEDESCHI, *Il contratto come promessa anziché come accordo nella dottrina anglo-americana*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, 453 ss.; G. BERNINI, *Il « common mistake » nella dottrina nord-americana dei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, 1635 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, specie pp. 99 ss.; ID., *Unilateral mistake e teoria del contratto nell'esperienza nord-americana*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1970, I, 248 ss.; E. DELL'AQUILA, *Note comparatistiche sull'elemento della « intention » nel diritto contrattuale inglese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, 1162 ss.; ID., *Influenze romanistiche sull'elemento del quid pro quo nell'azione di debiti*, Ivi, 1975, 1536 ss.

A proposito della nozione di *consideration*, in rapporto a quella di 'causa', già il Venezian annotava che il concetto di causa (dell'obbligazione), intesa come « un atto volontario da cui deriva o può derivare una alterazione negativa nella « sfera del diritto della persona a cui la promessa è rivolta [...] ha una grande « analogia con la teoria del diritto inglese per cui la *consideration* è elemento « essenziale di validità dei contratti semplici »: G. VENEZIAN, *La causa nei contratti* (1^a ed., Macerata, 1889), Roma, 1892 (riprodotta in *Opere Giuridiche*, Roma, 1919, I, *Studi sulle Obbligazioni*, 400, e 401 nota 1, dove l'A. riporta alcune citazioni di giurisprudenza e di dottrina inglesi). Sull'argomento, comunque, delle analogie e differenze tra 'causa' e *consideration*, nonché per ulteriori approfondimenti sulla nozione e funzione di quest'ultima, si vedano: M. SARFATTI, *Le obbligazioni, ecc.*, cit., 88 ss.; R. FRANCESCHELLI, « Causa » e « *consideration* » nel diritto privato italiano e anglosassone, in *Rivista di diritto privato*, 1934, II, 210 ss.; G. GORLA, *Causa, consideration e forma dell'atto di alienazione inter vivos*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1952, I, 173 ss., e 257 ss.; F. MANCINI, *La « consideration » nel diritto nord-americano dei contratti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, 1039 ss.; C. PERSICO, *Causa, consideration e dependant promises nel diritto inglese*, in *Temì*, 1954, 184 ss.; A. GRISOLI, *Con-*

(186) GORLA, *Il cosiddetto « unilateral contract » o contratto con executed consideration nella common law anglo-americana*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1954, I, 271, a p. 279. Dello stesso A. si veda altresì la voce *Consideration*, cit.

sideration e forma nel diritto cambiario inglese, in *Rivista del diritto commerciale*, 1955, I, 533 ss.

Sullo stretto legame esistente tra la *doctrine of consideration* e la regola, ancor oggi piuttosto rigidamente seguita dal diritto inglese, peraltro non senza eccezioni, della *privity of contract*, ossia della esclusività «*inter partes*» degli effetti del contratto, v. M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, cit., e G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 204 ss. Per l'ammissibilità, invece, nel diritto statunitense del contratto a favore di terzi v. V. TEDESCHI - G. ALPA, *op. cit.*, 94-97.

In tema di «*vizi del consenso*» è stato osservato che, a fronte del modo severo in cui la responsabilità del promittente viene concepita nel sistema di *common law*, vi è il modo assai esigente in cui questo sistema tradizionalmente si preoccupa di accertare e garantire la libera formazione del volere da influenze esterne: in punto, GORLA, *Il contratto*, cit., I, 422 ss. In particolare va detto che il diritto inglese, oltre alla violenza (*duress* o *coercion*), al dolo (*fraud*) e all'errore (*mistake*), annovera tra i vizi del consenso, ai fini dell'annullamento del contratto, anche l'influenza illecitamente o indebitamente esercitata da una parte sull'altra (c.d. *undue influence*). Secondo una definizione riferita dal SARFATTI, *Le obbligazioni, ecc.*, cit., 118, si ha *undue influence* «ogni volta che taluno abbia speciale «*autorità e ne abusi, e l'altro riponga confidenza e sia tradito*». Tra i casi di *undue influence* rientrano quelli in cui un'influenza si presume esercitata a motivo della speciale relazione fra le parti: ad es., rapporti fra padre e figlio, tutore e incapace, marito e moglie, avvocato e cliente, e così via. In tali casi, è la parte convenuta, a carico della quale è posta la presunzione di aver esercitato influenza sull'altra, che deve fornire la prova contraria. Come osserva il GORLA (*Il contratto*, I, 425), «ogni rapporto fra le parti, che possa dar luogo all'influenza «*dell'una sull'altra, può portare praticamente all'annullamento dell'atto [...] «l'undue influence [...] con l'inversione dell'onere della prova, si estende anche «ai casi in cui non v'è una posizione di influenza personale, ma in cui da «speciali circostanze o condizioni di una parte, nasce la presunzione di un abuso «del potere che l'altra parte ha a seguito di tali circostanze o condizioni*»; sicché, conclude questo A., «*le regole sull'undue influence proteggono il contraente più «che le nostre regole sulla violenza*». In generale, sulla materia dei vizi del consenso in *common law*, può vedersi, in italiano, G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 110 ss.

Rule of Law

1. « *Rule of law* »: prospettiva storica e differenze di significato rispetto a « Stato di diritto ».
2. Significati in senso « tecnico » di *rule of law*: in particolare, il sindacato giurisdizionale dei giudici ordinari sugli atti delle autorità amministrative (i « *prerogative orders* » e l'« *habeas corpus* »). *Rule of law* e regole di « *natural justice* », ovvero delle garanzie procedurali dell'attività amministrativa.
3. Il principio del « *due process of law* ».

1. L'espressione « *rule of law* » viene di solito tradotta in italiano con « Stato di diritto » (espressione quest'ultima a sua volta derivata — come è noto — dal tedesco « *Rechtsstaat* »). Vi è tuttavia chi, da noi, si è pronunciato in senso fortemente critico verso tale uso, che finisce per rendere (o far apparire) sinonime l'espressione inglese, da un lato, e quelle continentali, dall'altro ⁽¹⁾.

Invero, sia « *rule of law* » sia « Stato di diritto » (*Rechtsstaat*, *État de droit*) hanno un ambito comune costituito dallo « scopo » che viene con esse indicato, consistente nella « subordinazione del potere politico a regole giuridiche intese a tutelare la libertà dei cittadini ». Ma, in relazione a tale scopo, diverse appaiono le « tecniche » rispettivamente individuate dalle espressioni suddette, poiché « nel primo caso ci si « avvale di un diritto autonomo (autonomo dallo Stato); laddove nel « secondo caso si ricorre alla tecnica costituzionale di sottomettere lo « Stato al diritto » ⁽²⁾. Più incisivamente ancora viene osservato che: « La *rule of law* non postula lo Stato; postula, piuttosto, un diritto « extra-statuale, autonomo: il diritto comune, il *case law*, insomma il « diritto dei giudici e dei giuristi. Dunque, c'è *rule of law* anche, e « soprattutto, « senza Stato »; o, più esattamente, senza che lo Stato « avochi a sé la produzione del diritto » ⁽³⁾. Risulta così evidente « quanto la concezione inglese di Stato di diritto [...] sia diversa e

(1) Così G. SARTORI, *Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1964, 310 ss.: e si vedano pure, a proposito della nozione di Stato di diritto, i testi, tra cui quello appena citato, delle comunicazioni al VI Congresso nazionale di filosofia del diritto, Pisa, 1963, sul tema « *Stato di diritto e Stato di giustizia* », *Ivi*, 129 ss., nonché le relazioni generali sul medesimo tema di G. Fassò e di G. Perticone, *Ivi*, 1963, rispettivamente, 83 ss. e 121 ss.

(2) G. SARTORI, *op. e loc. cit.*, 313.

(3) *Ivi*, 310.

« lontana — nonostante le apparenze — dalla concezione continentale: « e cioè dallo Stato di diritto inteso come Stato costituzionale di tipo « garantista ». Infatti, « lo Stato di diritto propriamente detto è uno « Stato che si autolimita giuridicamente, laddove la *rule of law* è la « limitazione dello Stato mediante un diritto non-statuale. Nel primo « caso lo Stato si subordina al *suo* diritto; nell'altro caso lo Stato è « subordinato da un diritto *non suo* » (4).

Questo modo di intendere la nozione di *rule of law* si proietta, come è chiaro, sullo sfondo della realtà evolutiva della *common law* inglese. Un diritto caratterizzato, storicamente, sia dalle origini medioevali, cioè dal suo sorgere e svilupparsi in seno ad una società « senza Stato » o, meglio, articolata in una pluralità di centri (autonomi) di potere, sia, ed insieme, dalla prevalenza della fonte giurisprudenziale, espressione di un ceto forense, quello appunto dei *common lawyers*, artefice e garante di una tradizione giuridica sentita come patrimonio dell'intera comunità nazionale, al di fuori e al di sopra, quindi, dello Stato (-persona). Momenti cruciali di quella realtà, altresì caratterizzata da un lento e graduale processo di adattamento dell'eredità medioevale (che già conteneva l'idea fondamentale della « supremazia della legge ») alle esigenze dei tempi nuovi, si ebbero, secondo l'insegnamento classico della storiografia giuridica inglese, nella prima metà del XVII sec., in corrispondenza con la vicenda politico-costituzionale che oppose il Parlamento ed i suoi alleati ai sovrani Stuarts (su ciò v. anche *Civil Law*, n. 2). In proposito, vale la pena di riportare per esteso un significativo brano dell'HOLDSWORTH, dove origini medioevali, ruolo dei giuristi, tradizionalismo e continuità dell'evoluzione del diritto e delle istituzioni inglesi sono offerti in un quadro di sintesi culminante nell'affermazione dei valori della sovranità del Parlamento e della *rule of law*, base della moderna costituzione inglese.

« Nel Medioevo, lo sviluppo di una *common law* nazionale, la nascita del Parlamento, e l'alleanza tra giuristi e Parlamento, dettero alle istituzioni inglesi una forma diversa da quella delle istituzioni di ogni altro paese europeo. Di conseguenza, nel sedicesimo secolo, le istituzioni medioevali non furono, come in molti Stati continentali, abbandonate. Esse vennero adattate per corrispondere alle esigenze dello Stato moderno; ed un tale adattamento fu opera in parte del legislatore, ma anche, in misura larghissima, dei giuristi. Così, alla fine del sedicesimo secolo, le differenze tra le istituzioni inglesi e quelle continentali si erano venute estendendo ed approfondendo; e la costituzione [inglese] che ne risultò era un insieme davvero unico di idee medioevali e moderne. Nel corso del diciassettesimo secolo, lo

(4) *Ivi*, 311.

scontro tra il mondo del passato e quello moderno fu portato alle sue estreme conseguenze dagli Stuarts, i quali, come i loro contemporanei stranieri, basarono una teoria dell'assolutismo sui successi dei loro predecessori. Grazie in buona parte all'aiuto dei giuristi alleati della Camera dei Comuni, le idee medioevali vennero ancor più adattate alla situazione dei nuovi tempi. Così adattate, prevalsero; ed una costituzione fondata sulla sovranità del Parlamento e sulla *Rule of Law* allora emerse » (5).

Non è qui possibile, naturalmente, soffermarsi a considerare i motivi e le implicazioni, del resto abbastanza evidenti, di natura in senso ampio ideologica che si legano ad una siffatta interpretazione storiografica. Essa oltretutto è pervasa da quell'atteggiamento — per così dire — isolazionista, che pone cioè l'accento sul carattere « unico » dell'esperienza inglese nel panorama dei diritti europei moderni. Un atteggiamento cui pure si riconduce la tradizionale concezione dei rapporti « *civil law - common law* » nei termini, riduttivi, della rivalità-contrapposizione tra i due sistemi (sul punto, più ampiamente, v. *Civil Law*). Interessa invece confermare, nella linea dei rilievi iniziali, che un diverso significato di *rule of law* rispetto a « Stato di diritto » appare sicuramente riscontrabile, e va quindi tenuto ben presente, in una prospettiva storico-culturale, con tutti i riflessi che ne derivano o che ad essa possono riferirsi nell'attuale sistema giuridico inglese e, in genere, di *common law*.

In tale prospettiva occorre, poi, rimarcare lo stretto collegamento esistente tra il principio della *rule of law*, quale derivazione di quello medioevale della « supremazia della legge » (6), ed un altro dei maggiori aspetti della tradizione di *common law* rappresentato dalla autorità dei precedenti. Sono da ricordare, al riguardo, le parole del POUND: « Vi è un elemento comune nelle due dottrine fondamentali della *common law*, la dottrina dei precedenti e la dottrina della supremazia della legge. Lo stesso spirito è alla loro base. La dottrina dei precedenti stabilisce che le cause devono essere decise secondo principi « induttivamente enucleati dall'esperienza giudiziaria del passato, e non « dedotti da norme stabilite arbitrariamente dalla volontà del sovrano. « In altre parole, la ragione, non la volontà arbitraria, deve essere « la causa ultima della sentenza. La dottrina della supremazia della « legge è riducibile alla stessa idea » (7). Di qui, una considerazione

(5) W. HOLDSWORTH, *The Influence of the Legal Profession on the Growth of the English Constitution*, nella raccolta di suoi scritti intitolata *Essays in Law and History*, a cura di A. L. Goodhart e H. G. Hanbury, Oxford, 1946, 72.

(6) Si veda, in proposito, l'opera attribuita a Henry de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (XIII sec.), ora nella pregevole edizione curata da S. E. THORNE, *Bracton - On the Laws and Customs of England. Translated with Revisions and Notes*, Cambridge, Mass., 1968, 2 voll.

(7) R. POUND, *Lo spirito della « Common Law »* (ed. it. a cura di G. Buttà), Milano, 1970, 164; a pp. 182-183 dell'ed. originale (Boston, 1921).

di sintesi può esser quella secondo cui: « la dottrina del primato del « diritto, combinata con quella dell'autorità dei precedenti, costituisce « [...] il perno dell'intero ordine concettuale in cui si sostanzia il « diritto inglese » (8).

2. Ciò detto, resta ancora aperta l'esigenza di una più compiuta e precisa articolazione e definizione dei contenuti, in senso « tecnico », di *rule of law*.

Punto di partenza, al riguardo, è l'opera di A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Constitution* (1^a ed., 1885), cui si deve la moderna formulazione di *rule of law* quale principio fondamentale della costituzione inglese. Secondo questo A., tre sono i significati propriamente attribuibili all'espressione *rule of law* (9). In primo luogo, per *rule of law* s'intende la garanzia delle libertà dell'individuo e dei suoi beni, nel senso che nessuno può essere punito se non per specifiche violazioni di legge accertate nelle forme legali davanti ai giudici ordinari; in tal senso, precisa Dicey, « *rule of law* si oppone ad ogni sistema « di governo basato sull'esercizio da parte delle autorità di ampi, arbitrari, o discrezionali poteri di restrizione » (10). Inoltre, per *rule of law* s'intende l'eguale soggezione di tutti, sia privati sia pubbliche autorità, al diritto comune del regno (*ordinary law of the land*) applicato dalle corti ordinarie di giustizia (11). Onde, sostiene il Dicey, l'estraneità alla tradizione giuridica inglese, ed anzi l'assoluta incompatibilità con questa, del modello continentale (francese) del « diritto amministrativo », per la disciplina delle attività dello Stato e degli enti pubblici nei rapporti con gli altri soggetti, nonché dei « tribunali amministrativi », specialmente competenti in materia (12). In un'ultima accezione, per *rule of law* s'intende il fatto che, nell'esperienza inglese, « i principi generali della costituzione (come ad esempio il diritto alla « libertà personale, o il diritto di riunione in pubblico) sono [...] il « risultato di decisioni giudiziali che determinano i diritti dei privati « nei singoli casi particolari portati davanti alle corti; mentre in molti « ordinamenti stranieri la protezione (quale che sia) data ai diritti « individuali risulta, o appare risultare, dai principi generali della « costituzione » (13).

(8) Così A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1979, 485.

(9) A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Constitution*, 9^a ed. (a cura di E. C. S. Wade), London, 1956, 183 ss.

(10) *Ivi*, 188.

(11) *Ivi*, 193.

(12) *Ivi*, 193-195, e 328 ss.

(13) *Ivi*, 195-196.

Il modello di legalità proposto dal Dicey rispecchia, al fondo, i valori, all'epoca prevalenti, del liberalismo economico e politico ostile all'attribuzione allo Stato (Esecutivo) di un'ampia sfera di poteri discrezionali e di intervento nella vita dei privati. In tal senso, questa ricostruzione dei significati di *rule*

A ben vedere, e per quanto importa qui notare, ciascuno dei tre significati attribuiti dal Dicey al principio della *rule of law* si radica in una tradizione che, dal mondo medioevale, attraverso lo Stato liberale moderno, fino al *Welfare State* contemporaneo, risulta nel complesso caratterizzata dall'affidamento ai giudici-giuristi, considerati quali depositari e interpreti del diritto nazionale (*common law*), del compito (di rilievo storico, quindi) di garantire le libertà e gli interessi dei privati nei confronti dell'autorità statale.

In tal senso, fondamentale importanza riveste, nell'ambito dell'esperienza costituzionale inglese, ed in quella pure degli altri paesi di *common law*, il fatto che il controllo di legittimità (*judicial review*)

of law è stata criticata da altri costituzionalisti inglesi, che vi hanno visto, essenzialmente, la manifestazione di una sfiducia di segno liberale (*Whig*) nell'ampliamento dei poteri del governo, ovvero la teorizzazione di un principio di natura più « ideologica » che non propriamente « giuridica »: così, in particolare, W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*⁵, London, 1959.

Non è qui possibile tuttavia, né appare del resto utile in questa sede, entrare nel merito di dibattiti, in gran parte ancora aperti, sugli usi ed abusi in chiave, più o meno scopertamente, politico-ideologica dell'espressione *rule of law*. In proposito, comunque, per alcuni rilievi critici più di recente mossi nei confronti sia di quella corrente di pensiero (rappresentata soprattutto da F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, London, 1944, e *Law, Legislation and Liberty*, I, *Rules and Order*, London, 1973) che interpreta da posizioni neo-liberiste la *rule of law*, nell'odierna realtà del *Welfare State*, come ideale del « buon governo », sia di tutte quelle posizioni ideologizzanti che fanno della *rule of law* piuttosto uno slogan per l'enunciazione di ideali etico-politici astrattamente intesi, può vedersi J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Law Quarterly Review*, 1977, 196 ss.

La nozione di *rule of law* a suo tempo elaborata dal Dicey risulta in oggi smentita per la parte in cui si affermava l'assoluta incompatibilità con il sistema costituzionale di *common law* dell'istituzione di speciali organi giurisdizionali competenti a conoscere, in luogo dei giudici ordinari, di determinati rapporti sia tra privati che sia le autorità pubbliche e questi ultimi. Con l'avvento, infatti, a partire dai primi decenni del secolo, delle strategie di riforma politico-sociale fondate sull'idea del *Welfare State*, si è assistito in Inghilterra ad una espansione crescente dell'apparato e dei poteri delle pubbliche amministrazioni. A ciò ha fatto riscontro il diffondersi, soprattutto dalla fine della seconda guerra mondiale in poi, di una serie di organismi appositamente istituiti dal legislatore e dotati di attribuzioni giurisdizionali, competenti in via esclusiva, per questioni di merito, nelle materie — appunto — oggetto di leggi di riforma sociale (*social legislation*). Si tratta dei cosiddetti « special » o « administrative tribunals » (o, semplicemente, « tribunals »), su cui possono vedersi, in italiano, per i diversi profili riguardanti il fenomeno, e una descrizione pure di (alcuni di) tali organi giurisdizionali: H. W. R. WADE, *Inghilterra*, in AA. VV., *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, a cura di A. Piras, Torino, 1971, 251 ss.; F. P. PUGLIESE, *Sui tribunali amministrativi in Inghilterra*, in *Diritto e società*, 1973, 481 ss.; V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, 311-313; Id., *Giudici laici e giustizia civile - Problemi di diritto inglese e italiano*, in *Studi senesi*, 1979, 199, a pp. 234 ss.; L. MOCCIA, *L'esperienza inglese della partecipazione dei laici all'amministrazione della giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, 741, a pp. 756 ss.

sugli atti delle pubbliche amministrazioni viene esercitato dai giudici ordinari. Come osserva, in argomento, il GIANNINI: « La mancanza, « in Inghilterra, di un diritto amministrativo nel senso proprio delle « legislazioni dell'Europa continentale ha bloccato la costituzione di « un diaframma: l'autorità amministrativa è un'autorità di governo, « esercita un potere pubblico. La tutela della libertà del cittadino è « affidata all'autorità giudiziaria ordinaria: quindi l'autorità giudiziaria « ordinaria può direttamente tutelare la libertà dei cittadini nei con- « fronti dell'agire giuridico delle autorità di governo, tra esse le auto- « rità amministrative » (14). Ed ancora questo A. così precisa: « Il giu- « dice [inglese] si trova di fronte all'atto dell'autorità amministrativa « così come di fronte all'atto di un qualsiasi soggetto, che sia sottoposto « al principio di legalità (« *rule of law* ») » (15).

Il sindacato dei giudici ordinari sugli atti dell'amministrazione viene esercitato, ad istanza del privato, con il ricorso a speciali mezzi di tutela noti tradizionalmente come « *prerogative writs* » o, secondo una denominazione più recente (stabilita da una legge del 1938), « *prerogative orders* ». Si distinguono, in particolare, i seguenti: « *certiorari* » (mirante ad ottenere l'annullamento di una decisione o di un provvedimento dell'autorità); « *prohibition* » (mirante ad impedire che l'autorità compia, o ad ottenere che essa cessi dal compiere, atti eccedenti i limiti della propria potestà); « *mandamus* » (per costringere l'autorità all'osservanza dei propri doveri pubblici) (16).

Menzione a sé va poi fatta, tra i « *prerogative remedies* », dell'*habeas corpus* (l'unico, del resto, che ancora conserva l'originaria denominazione di « *prerogative writ* »). Si tratta, come è noto, di un mezzo tipico di tutela della libertà personale contro l'arresto arbitrario. È importante notare che l'*habeas corpus* accerta la legittimità della detenzione

(14) M. S. GIANNINI, *Presentazione* a H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese* (trad. it. a cura di C. Geraci), Milano, 1969, p. XI.

(15) *Ivi*, p. xv.

Si vedano altresì in proposito, con riguardo anche all'esperienza statunitense, alcuni rilievi di F. CAMMEO, *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1919, I, 285, nota 1, pp. 288-294; e, più ampiamente: J. C. ADAMS, *La vita giuridica negli Stati Uniti senza Consiglio di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 358 ss.; G. TREVES, *La giustizia amministrativa americana*, in *Studi in onore di Silvio Lessona*, II, Bologna, 1963, 461 ss.; nonché V. VIGORITI, *Costituzione e giustizia amministrativa negli Stati Uniti d'America*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1970, 1201 ss.; ed ancora, più di recente, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*², Bologna, 1979, 36 ss.

(16) Sulla nozione e le caratteristiche di tali rimedi, la cui concessione ha natura « discrezionale » (essendo, cioè, subordinata ad un giudizio preliminare di opportunità), nonché sui casi di applicazione degli stessi, possono vedersi, in italiano: H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., 172 ss.; V. VARANO, *Organizzazione e garanzie*, ecc., cit., 280 ss.

di una persona sia nell'interesse della Corona (cioè, dello Stato) che in quello dello stesso privato (17).

Il controllo dei giudici sugli atti delle autorità di governo e amministrative, in applicazione del principio della *rule of law*, non concerne solo il rispetto dei limiti all'esercizio dei poteri di tali autorità, ma si estende pure alle garanzie del procedimento di formazione delle decisioni adottate dalle medesime (in quanto direttamente incidenti sui diritti dei privati). Nella «giustizia amministrativa» inglese, l'annullamento ad opera dei giudici ordinari di atti dell'amministrazione può essere dunque pronunciato sia per eccesso o abuso di poteri (secondo il criterio dell'«*ultra vires*»), sia per violazione delle garanzie processuali che integrano il principio costituzionale di «*natural justice*». Si tratta, essenzialmente, delle regole sull'imparzialità del giudicante (*nemo iudex in causa sua*) e sul contraddittorio (*audi alteram partem*), cui viene ricondotta l'idea di «giudizio equo» (*fair trial* o *fair procedure*), nella quale quel principio si sostanzia (18).

3. A proposito, infine, del valore che le garanzie processuali e tutta la dialettica del processo assumono come modello costituzionale di legalità nei paesi di *common law*, si deve qui menzionare il principio del «*due process of law*» (o, semplicemente, «*due process*»). Secondo questo principio, che trova espressa sanzione nella Carta costituzionale americana (V e XIV emendamento), nessuno può essere privato della vita, della libertà, della proprietà senza un *regolare* o, come altri traduce, un *giusto* processo. Al riguardo è stato invero osservato che: «La traduzione italiana dell'espressione *due process of law* presenta «alcune difficoltà. Il termine «*due*», in cui è racchiusa tutta la forza «dell'espressione, è un appello fiducioso alla coscienza dell'uomo, ad «una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione. Per questo «non può tradursi con aggettivi come «*regolare*» o «*corretto*» che «esprimono solo un'esigenza di legalità che non esaurisce il contenuto «della garanzia, ma verrà tradotta col termine «*giusto*», l'unico che «possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine «*due*». «L'incertezza della scelta, la difficoltà di una traduzione adeguata, «consigliano comunque di usare l'espressione per quanto possibile nella

(17) Cfr. H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., 145 ss., e 173.

Vi è da noi, in argomento, un'ampia letteratura, appannaggio per lo più di studiosi del diritto costituzionale. Tra gli altri, possono vedersi, sull'origine e sull'attuale regolamentazione dell'*habeas corpus* in Inghilterra, con cenni alla sua adozione negli Stati Uniti, P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Habeas Corpus*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 941 ss., nonché, in una prospettiva storico-istituzionale, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 105 ss.

(18) In tema v. H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., 223 ss., e V. VARANO, *Organizzazione e garanzie, ecc.*, cit., 285-287.

« lingua originale [...] »⁽¹⁹⁾. Alle origini del *due process* si suole porre il principio di cui al Cap. 29 della Magna Carta del 1215 (« *nullus liber homo capiatur vel imprisonetur [...] nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* »)⁽²⁰⁾.

Ciò che più interessa, comunque, sottolineare è la centralità, in senso etico-politico prima ancora che giuridico, del principio del *due process*, cui corrisponde nella terminologia inglese quello di *fair trial* o *fair procedure*, nel modello anglo-americano di *rule of law*. In tal senso, vale ricordare, in chiusura, una celebre affermazione secondo cui: « La storia della libertà è stata in gran parte la storia del rispetto « delle garanzie procedurali » »⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Così V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1970 (rist. 1973), 30, nota 12. A questo A. si rinvia per più ampi riferimenti storico-giurisprudenziali, nonché di letteratura, pure italiana, in materia.

⁽²⁰⁾ In punto, oltre a Vigoriti (cit. nota precedente), si veda, anche per rapidi cenni sui significati assunti dall'espressione nella storia giuridica americana, J. C. ADAMS, voce « *Due process of law* », in *Novissimo Digesto italiano*, VI, Torino, 1960, 314.

⁽²¹⁾ Si tratta di un'affermazione fatta dal giudice FRANKFURTER, della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943), e ripresa da H. W. R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, cit., 223.

INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i> di Alessandro Giuliani	<i>pag.</i> v
---	------------------

I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE

Lista delle abbreviazioni	3
Prefazione	5

1. VALORI GIURIDICI, TEORIA DEL DIRITTO E TEORIA SOCIALE 7

Valori giuridici e teoria del diritto (p. 13) — Ordine e positivismo (p. 13) — Giustizia e diritto naturale (p. 17) — Libertà e diritti naturali (p. 20) — Diritto e società (p. 25) — Modelli di relazioni sociali (p. 31) — Il diritto e la relazione sociale di tipo « familistico » (p. 35) — Il diritto e la relazione di tipo contrattuale (p. 39) — Il diritto e la relazione di tipo coattivo (p. 40) — Il diritto e la relazione di tipo conflittuale (p. 42) — Conclusioni (p. 42)

2. LEGGE ED ORDINE 47

L'esclusione della violenza (p. 48) — Il valore della sicurezza (p. 52) — Finzioni giuridiche e continuità (p. 59) — Il precedente (p. 63) — Applicazione del diritto (p. 66) — Il dovere dell'obbedienza (p. 71) — L'area del diritto (p. 81) — La forma della legge (p. 83)

3. LA GIUSTIZIA IN GENERE E NEL PROCESSO 89

La giustizia in Aristotele (p. 90) — ' A ciascuno il suo ' (p. 95) — Giustizia sociale (p. 99) — Amministrazione giusta della legge (p. 109) — Giustizia e discrezionalità (p. 110) — Giustizia naturale e procedura equa (p. 114)

	<i>pag.</i>
4. LEGGE GIUSTA E DECISIONE GIUSTA	123
La giustizia della norma (p. 123) — Limiti della giustizia secondo il diritto (p. 131) — Adattamento della legge alle circostanze (p. 135) — Standards giuridici (p. 136) — Equità, principi equitativi e principi del diritto (p. 142) — La « natura delle cose » (p. 151)	
5. INDIVIDUALISMO E RESPONSABILITÀ	165
Responsabilità di gruppo (p. 176) — Responsabilità civile (p. 178) — Responsabilità contrattuale (p. 187) — Responsabilità penale (p. 190)	
6. LIBERTÀ PERSONALE	205
Diritti naturali (p. 218) — La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (p. 222) — Diritti economici e diritti sociali (p. 227) — Libertà positiva (p. 230)	
7. IL VALORE DELLA VITA	237
L'inizio della vita (p. 238) — La fine della vita (p. 245) — Il valore della vita (p. 249)	
8. DIRITTO ALLA RISERVATEZZA (PRIVACY)	267
Problemi di definizione (p. 268) — La « privacy » come valore (p. 278) — I possibili rimedi (p. 284) — Interferenze nella sfera privata (p. 288)	
9. PROPRIETÀ E DIRITTI DI PROPRIETÀ	301
Alcune giustificazioni della proprietà privata (p. 302) — Il contenuto dei diritti di proprietà (p. 308) — Analisi marxista della proprietà (p. 315) — I possibili oggetti dei diritti di proprietà (p. 316) — La proprietà come bene commerciale (p. 320) — Proprietà societaria (p. 323) — La riaffermazione della proprietà come valore (p. 327)	
10. CONTRATTO, CONCORRENZA E CONFLITTI D'INTERESSE ECONOMICO . .	335
Obbligazione morale e aspettativa ragionevole (p. 335) — Prevedibilità e cooperazione (p. 344) — Rimedi contro l'ingiustizia (p. 353) — Interesse individuale e interesse pubblico (p. 360) — Controllo dell'attività economica effettuato nell'interesse pubblico (p. 363)	
CONCLUSIONE	373

LUIGI MOCCIA

GLOSSARIO PER UNO STUDIO DELLA «COMMON LAW»

	<i>pag.</i>
Avvertenza	379
« <i>Bar</i> »	381
« <i>Case law</i> »	385
« <i>Civil law</i> »	403
« <i>Common law</i> »	411
« <i>Rule of law</i> »	455
INDICE-SOMMARIO	463

L. 20.000 I.V.A. inclusa

5308-01

