

GIOVANNI BOGNETTI

*Professore inc. di filosofia del diritto
nell'Università di Urbino*

HOLMES E LE ORIGINI DEL PENSIERO

FILOSOFICO-GIURIDICO AMERICANO DEL SECOLO XX

I

SOMMARIO: I. - Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del ventesimo secolo. Il suo pensiero: la concezione della realtà e della vita come premessa e base delle teorie e dell'opera giuridiche. Il suo naturalismo darwiniano e scettico. La vita come gioia, dovere e fine in sè. La forza come valore. Civiltà, intelligenza e scienza come mezzi di più alta vita. L'uomo, le tendenze vitali sue e il valore delle esperienze superiori.

Il pensiero filosofico-giuridico americano è ancora, in Europa, per lo più poco conosciuto. Sia che si ritenessero i suoi contributi di poco conto, sia che li si pensassero legati strettamente ad un ambiente giuridico che ha caratteri diversi dal nostro, il fatto è che l'attenzione non s'era mai soffermata veramente su di esso. Da qualche tempo tuttavia le cose stanno cambiando. I nomi di Holmes, Cardozo, Pound si vedono citati, sovente. Il realismo giuridico americano è divenuto oggetto di discussioni e di studi ⁽¹⁾.

Naturalmente, l'interessamento si concentra sulla fase più

⁽¹⁾ Si possono citare in proposito, per l'Italia: N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in « Riv. Int. di Filosofia del Diritto », 1951, pagg. 146-152; Id., *Ragione e diritto nell'ultimo libro di Cohen*, in « Riv. Intern. Fil. del Dir. », 1951, pag. 549 ss.; Id., recensione a Cahn: *The Sense of Injustice*, in « Il Ponte » 1952, pag. 102 ss.; S. COTTA, *Le basi storicistiche della concezione del diritto di Roscoe Pound* in « Riv. Int. di Fil. del Dir. » 1952, pag. 51-67; Id., *Filosofia e scienza del diritto a proposito del pensiero di O. W. Holmes*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. », 1954, pag. 17-27; V. FROSINI, *Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di Roscoe Pound*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. »; L. DEL LUCA, *Osservazioni sulla filosofia del diritto negli S.U.*, in « Riv. Int. di Fil. del Dir. » 1953, pag. 487-509; L. BAGOLINI, *Valutazioni morali e giuridiche nelle crisi dell'etica individuale*, in « Studi Senesi » 1950, vol. LXII; M. A. ANDREONI, *Cahn e il senso dell'ingiustizia*, Ed. « Filosofia », Torino, 1956, pag. 21. Mentre questo scritto va in stampa ho notizia di un ampio lavoro del GIULIANI sul realismo giuridico americano, di imminente pubblicazione.

recente di questo pensiero. Prima dell'inizio del secolo ventesimo — giova peraltro ricordare — gli Stati Uniti non mancavano di una tradizione negli studi giuridici. L'indirizzo prevalente in essi era stato fin oltre la metà del secolo diciannovesimo quello giusnaturalistico. Il giusnaturalismo aveva aiutato i giudici ad attuare la recezione della Common Law inglese e a rinsaldare in genere gli istituti giuridici della giovane nazione. Dopo la guerra civile aveva preso il sopravvento un indirizzo positivistico, tendente al formalismo e verso il finir dell'ottocento s'era fatta forte, specie a quanto pare presso le università, una corrente che si ispirava ai concetti della scuola storica. Il pensiero filosofico-giuridico americano del secolo ventesimo, al quale si dirigon ora gli sguardi, costituisce per l'appunto una profonda reazione così all'astrattezza degli ideali giusnaturalistici come al formalismo positivistico, ai quali esso contrappone il proprio vivo senso del diritto come realtà sociale e storica (2).

(2) È uso, anche presso alcuni autori americani, far nascere la filosofia del diritto negli Stati Uniti alla fine del secolo decimonono, cioè con la sua fase più recente. Non c'è dubbio che, se si guarda agli aspetti di quantità e all'enuclearsi autonomo di una disciplina, si è tratti a così giudicare. Ma se si ha della filosofia giuridica idea abbastanza ampia da ricomprendervi ogni concetto conseguente ad una visione della realtà e della vita e operante come direttiva metodica negli studi che hanno a oggetto il diritto, e se si ha riguardo alla qualità, non si vorrà negare che c'è una filosofia giuridica americana anche prima di tal data. Essa dovrà rintracciarsi magari in opere particolari di giurisprudenza o nelle *opinions* riflettenti il pensiero di qualche grande giudice (cosa che occorre del resto fare talvolta anche per quest'ultima fase, se si vogliono cogliere i contributi più vivi, le idee più efficaci); ma ciò conta poco. E — a riprova — le migliori o quanto meno più complete analisi che gli americani hanno compiuto della storia del loro pensiero filosofico-giuridico trattano anche del pensiero anteriore a questo secolo.

Come lavori complessivi si possono utilmente consultare: M. R. COHEN, *A critical sketch of legal philosophy in America*, in «Law: a Century of Progress», pag. 266-320, New York, Univ. Press, 1937 (In questo profilo la parte dedicata al settecento e all'ottocento è più ampia che non quella stessa riservata al nostro secolo. L'autore è il noto filosofo autore della *Introduzione alla Logica*, ed occupa egli stesso un posto nella storia della recente filosofia giuridica americana); H. G. REUSCHLEIN, *Jurisprudence: its American Prophets*, Indianapolis,

Iniziatore di questa ultima fase si suol considerare Oliver Wendell Holmes.

Il suo nome presso gli anglosassoni è circondato da una ammirazione che mai forse è toccata in alcun tempo a un giurista. Non solo egli è indicato spesso a simbolo di tutto il moderno pensiero giuridico americano, ma la sua figura da alcuni si fa talvolta addirittura assurgere tra le più rappresentative di quelle civiltà: sicchè quel nome non appartiene più alla ristretta cerchia dei giuristi e dei colti di diritto ma al grande pubblico, come quello di un uomo di stato o di un grande letterato⁽³⁾. Del resto, a produrre questa straordinaria fama

The Bobbs Merrill, 1951 (È l'opera più estesa sull'argomento. Roscoe Pound ne ha scritto la prefazione. L'autore segue un punto di vista giusnaturalistico: ma l'opera è, prevalentemente, descrittiva. Le prime due parti riguardano le origini e l'ottocento — pag. 1-94 —, l'ultima, i contemporanei — pag. 95-464); E. W. PATTERSON, *Jurisprudence - Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953 (Solo gli ultimi capitoli riguardano il pensiero americano ed essenzialmente quello contemporaneo). Un rapido ma suggestivo disegno del succedersi in America di giusnaturalismo, positivismo e, presentemente, realismo, si trova in K. LLEWELLYN, *On Philosophy in American Law*, in «Un. of Pennsylvania Law Rev.», vol. 82, pag. 205-230: disegno informato al punto di vista del realismo.

Per la presente situazione si veda: T. A. COWAN, *A Report on the Status of Philosophy of Law in the U.S.*, in «Col. Law Rev.», vol. 50, 1950, pag. 1086 ss.

Per le fasi precedenti il pensiero di questo secolo, informazioni d'insieme si trovano in particolare in vari tra i maggiori scritti di POUND: *The Spirit of the Common Law*, *The Theory of Judicial Decision* (lettura seconda), *Interpretations of Legal History*, *Law and Morals* e *The Formative Era of the American Law*.

Giudizi di europei sul pensiero filosofico giuridico americano sono quelli di G. RADBRUCH, *Anglo-American Jurisprudence through continental eyes* in «Law Quarterly Review», vol. 52, pag. 430-445; G. GURVITCH, *Sociology of Law*, Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942 (cap. 1°, sez. 2°).

Per chi studia la filosofia politico-giuridica americana molto interessante, per non dire essenziale, è la conoscenza dell'opera giurisprudenziale della Corte Suprema degli Stati Uniti, che è il crogiolo ove le filosofie politico-giuridiche prevalenti divengono diritto vivente. Un sintetico ma comprensivo sguardo panoramico agli sviluppi degli indirizzi giurisprudenziali dominanti nella Corte dal principio del secolo diciannovesimo ai nostri giorni, fornisce B. F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, H. Holt and Co., New York, 1942 (ivi, passim, la bibliografia concernente i vari periodi).

⁽³⁾ La misura della popolarità di Holmes può esser rivelata da questo fatto.

hanno contribuito fatti che proprio con l'arte del governo e la letteratura hanno diretta relazione. Holmes è stato per trent'anni giudice alla Corte Suprema degli Stati Uniti, rappresentando ivi, contro l'indirizzo conservatore prevalente, un indirizzo liberale, rispondente ai voti e desideri della maggioranza della nazione. Il linguaggio poi in cui egli esprime i più complicati tra i concetti giuridici come i più semplici d'un discorso d'occasione brilla dell'eleganza e bellezza che è privilegio dei veri e grandi artisti. Alcune sue pagine — è stato detto — appartengono a un'ideale antologia della immortale prosa inglese (4).

Poichè cominciano da lui gli sviluppi recenti di tutta la filosofia giuridica americana, la conoscenza del suo pensiero costituisce una premessa indispensabile per ogni ulteriore fruttuosa indagine in questo campo. Nè basterà per questo riferire dei concetti generalissimi e riportare alcune sue definizioni caratteristiche: occorre esporre, seppur in breve, tutti i vari aspetti del pensiero e dell'opera suoi, in modo da fornirne idea quanto più possibile completa (5).

Nel libretto di immensa diffusione *This is America* delle *Pocket Book Editions*, la figura di Holmes viene eletta, assieme ad altre sei personalità (da Washington a F. D. Roosevelt) a rappresentare lo spirito e la grandezza del popolo statunitense che le esprime.

(4) Sulla qualità artistica della prosa di Holmes si vedano per es. i giudizi di M. LERNER, *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Little, Brown and Co., Boston, rist. 1951, pag. XLVIII e segg., e di B. CARDOZO, *Selected Writings*, Fallon Law Book Co., New York, 1947, pag. 83 ss.

(5) La letteratura anglosassone su Holmes è ampia: manca ancora però un soddisfacente studio critico sulla sua figura di pensatore e giurista che tratti di tutti insieme gli aspetti e le fasi della sua opera e cerchi di cogliere i collegamenti e i nessi interni. Questo nostro rappresenta un tentativo di sintetica ma comprensiva esposizione e interpretazione che in certo senso non ha diretti precedenti (specie per la parte relativa alla teoria della Common Law, alquanto per solito trascurata nelle analisi del suo pensiero) nella letteratura su Holmes.

Per la biografia — la vita di Holmes, con le vicende giovanili di guerra, le amicizie e i legami intellettuali, il mondo culturale circostante, l'opera del giudice, ha costituito naturalmente l'oggetto principale dell'attenzione popolare — si vedano tra gli altri: C. D. BOWEN, *Yankee from Olympus*; *Justice Holmes*

La produzione di Holmes può sembrare, a considerarla per così dire quantitativamente, piuttosto limitata. Essa si riduce al maggior lavoro, la teoria della Common Law, ai saggi, ai

and his family, Little Brown and Co., 1945; F. BIDDLE, *Mr. Justice Holmes*, New York, Ch. Scribner's Sons, 1946.

Degli studi e articoli critico-scientifici citiamo qui i più importanti e generali. Menzioneremo altri nel corso dell'esposizione secondo che torneranno utili per la loro attinenza al punto particolare toccato.

Ci sono innanzitutto alcuni numeri di riviste giuridiche dedicati ad Holmes e contenenti scritti su di lui di vari autori. Il valore degli articoli è diverso, dato anche il carattere eulogico e di circostanza di parecchi tra essi.

Harvard Law Review, vol. 29 (aprile 1916); *Harvard Law Review*, vol. 44 (marzo 1931); *Columbia Law Review*, vol. 31 (marzo 1931); *Yale Law Journal*, vol. 40 (marzo 1931); c'è poi un volume in onore, intitolato *Mr. Justice Holmes*, edito a cura di Frankfurter, New York, 1931. Il volume contiene articoli su Holmes di C. Hughes, di B. Cardozo, di J. Dewey, di F. Frankfurter, di L. Hand, di H. J. Laski, di W. Lippmann, di P. Littel, di J. Redlich, di E. Sergeant, di J. Wigmore).

Un quadro dell'opera di Holmes alla Corte Suprema degli Stati Uniti ci è fornito da F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Harvard Univ. Press, 1939.

Una analisi della vita e dell'opera di Holmes si trova nelle 50 pagine introduttive scritte da M. LERNER al suo *The Mind and Faith of Justice Holmes*, Little, Brown and Co., New York, rist. 1951. Il libro è una raccolta di scritti e sentenze di Holmes ed oltre alle suddette pagine introduttive contiene brevi ma utili e illuminanti commenti ai brani e alle *opinions* raccolte. È probabilmente il miglior strumento per un primo accostarsi alla personalità e all'opera del Nostro.

Una interpretazione fatta da un filosofo-storico, la quale mette in luce il parallelismo dell'opera da Holmes svolta nel campo del diritto rispetto a quella in quegli anni svolta in America da Dewey nella filosofia, da Veblen nell'economia, da Beard e da Robinson nella storia, si trova in M. G. WHITE, *La Rivolta contro il Formalismo*, trad. Mulino, Bologna, 1956.

Una interpretazione dell'opera di Holmes nel quadro della cultura e della vita americana del tempo offre anche uno storico: H. S. COMMAGER, *Lo Spirito Americano*, trad. Nuova Italia, Firenze (vedi cap. XVIII).

Ricordiamo quindi: M. R. COHEN, *Justice Holmes and the Nature of Law*, in « *Columbia Law Rev.* », vol. 31, 1931, pag. 252-267 (ristampato in *Law and the Social Order*, 1933, pag. 198-218); J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 6ª ed., 1949, pag. 253 e ss.; L. FULLER, *The Law in Quest of itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940 (vedi 2º cap.); W. H. HAMILTON, *On dating Mr. Justice Holmes*, in « *Un. of Ch. Law Rev.* », vol. 9, 1941, pag. 1-27; H. J. LASKI, *Political Philosophy of Mr. Justice Holmes*, in « *Yale L. J.* », vol. 40, 1931, pag. 683-695; K. LEWELLYN, *Holmes*, in « *Columbia L. R.* », vol. 35, 1935, pag. 485-492; R. POUND, *Liberty of Contract*, in « *Yale L. J.* », vol. 18, 1909,

discorsi, agli articoli, alle *opinions* rese da giudice e alla dotta corrispondenza, la conoscenza della quale è mezzo imprescindibile per intendere veramente Holmes ⁽⁶⁾. La sua opera risulta nel suo grosso distinta, per un caso curioso, quasi secondo un ordine cronologico. Al primo periodo della sua lunghissima vita, cioè fino alla nomina a giudice alla Corte Suprema del Massachusetts, appartiene *The Common Law* (pubblicata nel 1881). A un secondo, la rimeditazione sui problemi generali del diritto che sfocia nei due saggi pubblicati nel '97 e nel '99 *The Path of the Law* e *Law in Science-Science in Law*. Del terzo e ultimo periodo è la parte più famosa dell'opera holmesiana, il suo lavoro di giudice alla Corte Suprema degli Stati Uniti

pag. 454-487; ID., *Judge Holmes Contributions to the Science of Law*, in «Harvard L. Rev.», vol. 34, 1921, pag. 449-453; J. C. H. WU, *The Juristic Philosophy of Justice Holmes* e *The Mind of Mr. Justice Holmes* (pubblicati prima in riviste e ora ristampati in *The Art of Law*, H. Holt and Co., New York, 1936).

Per altra bibliografia: H.C. SHRIVER, *Justice O. W. Holmes: His Book Notices and Uncollected Letters and Papers*, Central Book Co., N.Y., 1936, pag. 247 segg.; K. LLEWELLYN, art. cit. in «Columbia L. R.», vol. 35, 1935, pag. 490 segg.; J. C. FORD, *The Fundamentals of Holmes Juristic Philosophy*, in «Proceedings of the Jesuit Philosophical Association», 1941, pag. 77 segg. (ricordato da LERNER nel suo citato *The Mind and Faith of Justice Holmes*, pag. 456).

(6) Il lavoro sulla Common Law è stato ultimamente riedito da Little, Brown and Co. nel 1949, e da questa edizione citeremo. Vi sono varie raccolte di saggi, discorsi, articoli, *opinions* di Holmes. La fondamentale per i saggi e gli articoli è quella da Holmes stesso autorizzata (ed effettuata con l'aiuto di Laski) *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, Inc., 1921 e ristampata da Peter Smith, 1952 (che citeremo come C. L. P.). V'è poi quella menzionata di LERNER che citeremo come M. and F. Quindi: H.C. SHRIVER (ed.) *Justice O.W. Holmes: his Book Notices and Uncollected Letters and Papers*, Central Book Co., New York, 1936; A. LIEF (ed.), *Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, New York, The Vanguard Press, 1929.

Il carteggio di Holmes con William James si trova in R. B. PERRY, *The Thought and Character of William James*, 2 vol., Little, Brown and Co., 1935.

Il carteggio col giurista cinese Wu si può leggere nella raccolta SHRIVER o, per le lettere più interessanti, in M. and F. sopra citate.

Il carteggio con Laski è stato recentemente edito: M. DE WOLFE HOWE, *Holmes-Laski Letters*, 2 vol., Harvard Univ. Press, 1953.

Anche il carteggio con F. Pollock è stato edito a cura di M. DE WOLFE HOWE, *Holmes-Pollock Letters*, 2 vol., Harvard Univ. Press, 1941.

(1902-1932), la sua interpretazione del sistema costituzionale americano.

Seguiremo quest'ordine cronologico, che segna una traccia per dir così naturale alla partizione degli argomenti: anche perchè c'è, non diremo un mutamento sostanziale, ma certo un cambiamento di tono nel pensiero di Holmes, dal primo al secondo periodo. Ma non si può conseguire la necessaria preliminare conoscenza dei caratteri della sua personalità se non si premette un rapido profilo della sua coscienza filosofica generale: della filosofia a cui egli si mantenne fedele per tutta la vita, dalla prima gioventù.

Holmes non è un filosofo nel senso stretto della parola. Nulla di organico egli ha lasciato scritto in filosofia. Ma si ricavano dai suoi saggi, dai suoi discorsi, dalle sue lettere a Pollock, a James, a Wu, dalla sua stessa opera maggiore, i tratti di una visione della realtà e della vita inconfondibile nei suoi contorni e netta nell'espressione che questi incide e che l'ha resa famosa.

E c'è un motivo particolare per farne una esposizione in via preliminare, a parte. Non si tratta in questo caso di un ornamento esterno, di una superfluità, come accade spesso delle tesi filosofiche che altri giuristi ed altri cultori di discipline particolari afferrano per abbellire la sostanza dei loro discorsi. Tale concezione e i valori che sono avvertiti in essa danno — come vedremo — l'impostazione generale a tutta l'opera di Holmes ed esercitano la loro efficacia fin talvolta nelle determinazioni più particolari. Un interprete e conoscitore profondo di Holmes ha scritto riferendosi alla sua opera di giudice — che egli rappresenta una realizzazione dell'ideale platonico del filosofo divenuto re ⁽⁷⁾. E veramente pochi giudizi su di lui ci sembrano più felici di questo. Per parte nostra dovremo mostrare in che punto si effettuano le saldature tra la sua filosofia e la sua opera giuridica.

(7) Il giudizio è di M. LERNER, *op. cit.*, pag. 130.

Holmes giovinetto crebbe in un ambiente impregnato di spiriti filosofici: suo padre (il poeta che ha un nome nella storia della letteratura americana) era, nella Boston dell'Ottocento, la capitale intellettuale d'America, lo spirito più arguto del circolo dei trascendentalisti ⁽⁸⁾. Holmes bimbo chiamava Emerson « zio Waldo » ⁽⁹⁾. Ma non pertanto il trascendentalismo platonizzante o in genere l'idealismo sarebbe stata la sua via.

Mentre egli era all'università comparve l'opera maggiore di Darwin; ma già prima era cominciato lo sviluppo di quel naturalismo evoluzionistico che dominerà la seconda metà dell'ottocento. Holmes getta subito i legami della tradizione ed è per il nuovo orizzonte intellettuale. In esso — almeno come egli se lo rappresentava — c'erano oltretutto dei motivi che meglio appagavano certe spontanee inclinazioni del suo carattere e certe verità che l'esperienza della guerra civile (1861-1865) gli aveva impresse nell'animo con un'impronta infuocata e indelebile ⁽¹⁰⁾.

Holmes, parlando della tesi idealistica, dice esplicitamente

⁽⁸⁾ Sul padre di Holmes, sull'ambiente in cui costui crebbe giovinetto, sul trascendentalismo della Nuova Inghilterra si posson leggere per esempio le pagine di PARRINGTON, *Main Currents in American Thought*, Harcourt, Brace and Co., New York, 1927, vol. 2^o, pag. 378-472.

⁽⁹⁾ LERNER, *op. cit.*, pag. XX.

⁽¹⁰⁾ Sulle inclinazioni filosofiche di Holmes fin dal tempo dell'università e degli anni immediatamente successivi sono rischiaranti le lettere di quel periodo a James. Si veda il commento che fa ad esse Perry nell'opera citata. William James divenne amico di Oliver Wendell Holmes nella fanciullezza. Gli anni di università e immediatamente successivi furono quelli in cui la loro relazione fu più intensa. Più tardi essa si raffreddò alquanto: il carattere dei due uomini era effettivamente diverso, compassato quello di Holmes, molto espansivo quello di James.

Sulle vicende di Holmes nella guerra civile si vedano i capitoli relativi delle biografie menzionate. Tutti gli interpreti e critici di Holmes sono d'accordo nell'assegnare un posto di rilievo alla guerra nella formazione della sua personalità spirituale. Lerner dice che accanto alla filosofia e al diritto la esperienza guerriera costituì una componente del suo animo (*op. cit.*, pag. 3). Da un diverso punto di vista, critico e negativo, la medesima cosa è affermata da Fuller, che vede nella teoria holmesiana del diritto un riflesso della sua fede di soldato (*op. cit.*, pag. 115).

che a lui ripugna l'idea che « l'universo stia nella nostra coscienza, organizzato da essa » (11). Per lui, noi siamo nell'universo, come minuscoli « gangli » suoi (12). Peraltro, egli non ha affatto simpatia per i romanzi metafisici che certo naturalismo intesse sui dati della scienza. « La parte — egli dice — non può ingoiare il tutto: le nostre categorie non sono adeguate a formulare ciò che non possiamo comprendere. Se crediamo di provenire dall'universo, non esso da noi, dobbiamo ammettere che non sappiamo ciò che diciamo parlando di brutta materia » (13). L'universo egli definisce il « Tutto inimmaginabile » (14). La verità, in conseguenza, è per lui « il sistema delle nostre limitazioni, dei nostri inevitabili (*can't helps*) intellettuali » (15), intendendo come « inevitabili » le cose che non possiamo far a meno di pensare. « Quando dico — egli spiega — che una cosa è vera, affermo una esperienza che, per ciò che mi concerne, non conosce alternative. Ma siccome ci son molte cose che io non posso fare e l'universo può, così non presumo che le mie incapacità in materia di pensiero siano anche incapacità dell'universo » (16). Gli ideali pratici parimenti non possono mai pretendere a validità ultrapersonale: si può dire di essi, per ironia, che hanno una « base trascendentale » in quanto « la loro fondazione è arbitraria »: è un desiderio, una inclinazione storicamente condizionata (17).

Il punto di partenza di Holmes è codesto che egli stesso

(11) Da *Ideals and Doubts* (breve nota ispirata da uno scritto di Del Vecchio comparso in traduzione — *The Formal Bases of Law* — per le *Modern Legal Philosophical Series*, 1915), *C. L. P.*, pag. 304.

(12) Da *Natural Law* (breve nota ispirata alla lettura del libro di GÉNY, *Science et Technique en Droit Positif Privé*) *C. L. P.*, pag. 316. L'equiparazione dell'uomo a un « ganglio » dell'universo è immagine che piace singolarmente ad Holmes e ritorna in altri scritti e spesso nelle lettere. Per es.: SHRIVER (ed.), *Book Notices* cit., pag. 185.

(13) *C. L. P.*, pag. 315.

(14) *M. and F.*, pag. 27.

(15) *C. L. P.*, pag. 304, 311.

(16) *C. L. P.*, pag. 304.

(17) *C. L. P.*, pag. 311, 312, 313.

chiama « scetticismo » (18). Con il suo ausilio egli prende a contemplare il mondo umano.

L'immagine filosofica che egli ne rende si spiega col fatto che egli tiene fermi dinnanzi a sè e sviluppa entrambi i motivi che stanno in primo piano nel suo punto di partenza: il concetto della finitezza dell'uomo e il senso della infinità dell'universo. Per un lato infatti, per effetto della asserita contingenza assoluta dell'uomo, si svuotano di significato agli occhi di Holmes tutte le interpretazioni idealizzanti degli atti, delle credenze, delle fedi umane. Le pretese assolute di verità gli paiono il frutto di ingenui e romantici entusiasmi, congiunti al desiderio di trovare una « guida assoluta » (19). Da questo lato nella sua descrizione il mondo prende un aspetto che vien quasi fatto di paragonare a quello che di esso dipinge qualche grande storico dell'antichità. Gli uomini vivono e muoiono, lavorano, credono, soffrono, si battono: ma le loro vicende son meri fatti di natura: la loro storia è il teatro di un vario comporsi e scomporsi e cozzare di forze immediate, senza vero significato spirituale.

Ma d'altro lato Holmes non si abbandona al pessimismo cosmico che è soffuso nell'animo di quelli: egli anzi esplicitamente afferma che ben altra deduzione deve trarsi dalla coscienza scettica che il mettersi a contemplare tristemente dall'alto « un mondo in rovine » (20). V'è in lui una entusiastica accettazione della vita così nelle sue durezza come nelle sue gioie, e del destino che a ciascun uomo tocca di un posto limitato e conchiuso nel mondo. Dal mistero totale che ci circonda Holmes concede che fluisca agli uomini una fede: la fede cioè che ripostamente si attui nell'universo un disegno, di cui noi, come

(18) *C. L. P.*, pag. 311. Espressioni sintetiche e lucide delle ragioni dello « scetticismo » holmesiano si trovano particolarmente nella lettera a James del 24 marzo 1907 (*M. and F.*, pag. 415 segg.) e in varie a Wu (*M. and F.*, pag. 422, pag. 431) e a Pollock (*Holmes-Pollock Letters*, cit., vol. II, pag. 3).

(19) *C. L. P.*, pag. 314.

(20) *C. L. D.*, pag. 315.

i soldati nella battaglia ignari della strategia e delle mosse cui partecipano, saremmo, con le nostre illusorie credenze e ideali e lotte e vittorie e sconfitte, gli inconsci, segreti strumenti ⁽²¹⁾. Il suo naturalismo eleva così la Natura, la Vita, a supremo e quasi mistico valore ⁽²²⁾.

In questa immagine Holmes inserisce conseguenti determinazioni particolari.

Nel suo mondo filosofico-etico ha un posto di privilegio la energia, la forza vitale nella sua purezza di forza. Holmes, dove ne trova traccia, l'apprezza. Non è necessario aver l'assicurazione dell'assoluta verità per combattere pel proprio ideale: battersi è una manifestazione di « spontaneità », una « prova dei propri poteri » ⁽²³⁾. « La vita è azione, esercizio delle proprie capacità. Come impegnar queste al loro massimo è la nostra gioia e il nostro dovere, così è anche l'unica cosa che si giustifichi da sè... La vita è un fine in se stesso » ⁽²⁴⁾. Holmes aborre dalla debolezza, dal vuoto di vitalità. « Io non conosco altra vera misura degli uomini che il totale delle energie che essi incorporano: contando tutto, con dovuto riguardo alla qualità, il coraggio di Nansen, la capacità di Wordsworth di esprimere l'ineffabile, la potenza speculativa di Kant » ⁽²⁵⁾.

La forza fa in certo senso diritto. Nella lotta per la sopravvivenza che è la legge della realtà tutta, noi vediamo infatti emergere lentamente la specie, il modo di vita più forte, come

⁽²¹⁾ *C. L. P.*, pag. 297, 316; *M. and F.*, pag. 27.

⁽²²⁾ La quasi misticità di codesto naturalismo traspare anche dalla vibrazione che talvolta si percepisce nella parola di Holmes che lo esprime. Si è parlato di uno spinozismo holmesiano. Forse una fonte più vicina è quel puritanismo che era stata la fede dei suoi antenati. Holmes stesso ci dice d'« essere abbastanza puritano per concepire l'esaltazione gioiosa di coloro che considerano sè stessi come semplici strumenti nelle mani di un potere più alto, per realizzarne i disegni » (*M. and F.*, pag. 33-34).

⁽²³⁾ *C. L. P.*, pag. 312, 316.

⁽²⁴⁾ *M. and F.*, pag. 42. Si veda tutto il discorso del 7 marzo 1900 all'Ordine Forense di Boston ivi o in *C. L. P.*, pag. 244-249.

⁽²⁵⁾ *M. and F.*, pag. 39.

quello più adatto ⁽²⁶⁾. Nè il sacrificio degli individui in questo emerger del più adatto deve impressionare: come ai soldati, così non si addice agli uomini di pensar troppo alle ferite. Esse sono il necessario prezzo che la vita paga per crescer su se stessa e svilupparsi ⁽²⁷⁾.

La civiltà, gli istituti della civiltà, rendono più ricca e più complessa la vita. Holmes ripudia i dogmatismi e gli assolutismi morali, non solo per il suo fondamentale scetticismo che glieli fa apparir retorici: ma perchè a suo vedere ostacolano il pieno, lucido spiegarsi dell'intelligenza che è la fonte di un più alto vivere civile. L'intelligenza calcola, ragiona, sperimenta: dirige l'azione più sicuramente ai risultati desiderati. I desideri son quelli che sono: ma noi possiamo renderli « intelligenti » studiando i mezzi per la loro soddisfazione e il prezzo che è necessario pagare per essi. Può darsi che il prezzo risulti da ultimo troppo forte: e ciò servirà a trattenerci da passi avventati ⁽²⁸⁾. L'intelligenza nel suo più maturo atteggiarsi è scienza. Holmes ha grande venerazione per tutto ciò che è scientifico: dice che vorrebbe veder la scienza « sovrana » in ogni aspetto della « Repubblica degli uomini » ⁽²⁹⁾. Non cela neppure un sottile disprezzo per coloro che si precipitano all'azione senza riflessione o sulla scorta di dogmatiche, non fondate credenze: un agire bruto, non ancora educato ai modi più evoluti, più ricchi e maturi ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ *M. and F.*, pag. 49, 50, 51.

⁽²⁷⁾ « Ora, e probabilmente finchè l'uomo vivrà sulla terra, il suo destino è la battaglia... Se dobbiam batterci la Bibbia dell'esercito è un canto guerriero, non un quadro d'ospedale... » (*M. and F.*, pag. 20). « Ogni società riposa sulla morte di uomini » (*M. and F.*, pag. 356). « Apprezzo gli sports pericolosi... Se talvolta una vita si spezza bisogna considerarla non una perdita, ma il prezzo pagato per l'educazione di una razza... » (*M. and F.*, pag. 23).

⁽²⁸⁾ *C. L. P.*, pag. 305-307. Holmes ivi afferma che « il nostro sistema di morale è un corpo di generalizzazioni sociali imperfette espresse in termini emozionali. Per coglier ciò che ha di vero, è utile lasciar stare l'emozione e chiederci... quanto quelle generalizzazioni son confermate da fatti accertati ».

⁽²⁹⁾ *C. L. P.*, pag. 242.

⁽³⁰⁾ Si consideri per esempio l'atteggiamento di Holmes di fronte alle fedi

L'epoca successiva alla guerra civile fu in America — come del resto per lo più altrove — un'epoca di materialismo morale. Si celebrava il danaro e il possesso di quante più ricchezze come il vero fine della vita e la misura d'ogni valore. Holmes non si mette per questa strada: la combatte anzi con veemenza, memore di quale altro spirito animasse i combattenti di Antietam e di Ball's Bluff ⁽³¹⁾. Per lui è normale che l'uomo si conduca secondo il principio della « preferenza per sè » ⁽³²⁾: e tuttavia per lui non mai la vita tocca vertici così alti come quando l'uomo agisce per fini « esterni a sè »: come quando, nella ricerca della verità, della bellezza o nel compimento di una nobile e generosa impresa, brucia energie vitali, fa « una spesa antieconomica » ⁽³³⁾. « L'arte, la filosofia, la carità, l'ebbrezza d'ogni grande momento nell'esperienza umana » sono « una escursione verso la morte, che s'arresta un attimo prima della sua mèta »: tali « escursioni » sono da perseguirsi fuori del riguardo a risultati pratici: sono, in sè e per sè, le manifestazioni supreme della vitalità ⁽³⁴⁾. C'è in Holmes un caldo appello affinché gli individui coltivino in sè codeste supreme esperienze, a prezzo magari del proprio sacrificio. Egli giunge perfino a dire che solo chi ne ha provato « può affermare d'aver veramente vissuto, ed esser pronto alla fine » ⁽³⁵⁾. Egli vi scorge la stessa qualità eroica che ricorda nel destino dei soldati ⁽³⁶⁾: di quei soldati la cui fede e prontezza a « gettare la vita in obbedienza a un dovere ciecamente accettato », egli, « in mezzo al dubbio,

e alle convinzioni politiche socialiste, e a certi « pregiudizi » popolari nei confronti del capitalismo: la gente abbisogna di « educazione nelle cose ovvie » e deve apprendere a « pensar cose e non parole ». *C. L. P.*, pag. 392-93. Vedi innanzi pag. 61.

⁽³¹⁾ Si leggano i discorsi *Memorial Day* e *A Soldier's Faith*, in *M. and F.*, pag. 9-16 e pag. 18-25.

⁽³²⁾ Per questo concetto *M. and F.*, pag. 50 e *The Common Law*, pag. 44.

⁽³³⁾ *C. L. P.*, pag. 272.

⁽³⁴⁾ *C. L. P.*, pag. 272.

⁽³⁵⁾ *C. L. P.*, pag. 32.

⁽³⁶⁾ *C. L. P.*, pag. 31-32.

nel crollo di tutte le credenze » ritiene una fede « vera e adorabile » ⁽³⁷⁾: perchè per lui difficilmente il mondo potrebbe essere tollerato « senza la divina follia dell'onore, l'insensata passione di conoscenza che oltrepassa i fiammeggianti limiti del possibile, e ideali, la cui vera essenza è che non saranno mai raggiunti » ⁽³⁸⁾.

Tali i lineamenti della coscienza filosofica di Holmes che si ricavano dai suoi scritti. Questa coscienza e i valori che essa afferma penetrano nelle dipendenti distinte parti del pensiero politico-giuridico holmesiano e informano a sè concetti e teorie. Come, convien ora vedere.

⁽³⁷⁾ *M. and F.*, pag. 20.

⁽³⁸⁾ *M. and F.*, pag. 20.

II

SOMMARIO: II. - L'opera giuridica di Holmes. Il pensiero filosofico-giuridico anglosassone: giusnaturalismo, scuola utilitarista-analitica, scuola storica. Holmes e la corrente storicistica inglese (Pollock). Teoria holmesiana della decisione giudiziale e degli sviluppi giudiziari del diritto. *The Common Law*: teoria generale del diritto comune anglosassone. I metodi e gli strumenti della costruzione dogmatica holmesiana. L'idea informatrice: la società, e non l'individuo, come valore centrale. Holmes e la giurisprudenza dell'ottocento.

La prima produzione di Holmes giurista pare oggi quasi appartenere a un lontano passato. Essa ha inizio infatti nel pieno del secolo decimonono. Tornato dalla guerra civile (1865), egli scelse il diritto come « professione della sua vita », e si mise con ardore allo studio d'esso ⁽³⁹⁾.

Pubblicò i primi sparsi articoli e note; curò una riedizione dei « *Commentaries on American Law* » di Kent; divenne « lettore » ad Harvard di diritto costituzionale ⁽⁴⁰⁾. Ma il campo che più attirava la sua attenzione era allora un altro: la Common Law, il diritto anglosassone di tradizione giudiziale, che le Corti americane avevano recepito e fatto divenire legge del paese. Lì, sul terreno delle regole generali del diritto privato e del diritto penale, spaziava il suo pensiero desideroso di fissare i principi

⁽³⁹⁾ HOLMES ebbe delle incertezze nella scelta del diritto, sentendosi attratto anche dalla filosofia e dalla letteratura. Negli anni maturi egli ricorderà il dubbio che gli avevano instillato nella prima gioventù le parole di BURKE: che il diritto affina la mente, ma la impiccolisce (*C. L. P.*, pag. 301-302). La passione con la quale si dedicò subito al lavoro nel campo scelto ci è efficacemente descritta da una lettera di James del 1873 (v. PERRY, *op. cit.*, I, pag. 519). Holmes, fino alla nomina a giudice nel 1882, fu anche avvocato attivo nel foro del Massachusetts. Teneva studio assieme a G. O. Shattuck; sul quale vedi il commosso necrologio in: *M. and F.*, pag. 37 ss.

⁽⁴⁰⁾ È di questo periodo la sua direzione triennale (1870-1873) dell'*American Law Journal*. Pei primi scritti di HOLMES vedi: F. FRANKFURTER, *The Early Writings of O. W. Holmes Jr.*, in « *Harvard L. R.* », vol. 44, 1931, 717-724.

primi dell'ordinamento o si immergeva nel passato alla ricerca della lontana origine di quelle regole. Nel 1881 egli pubblica « *The Common Law* », la sintesi delle sue meditazioni ⁽⁴¹⁾.

Non è un libro di filosofia giuridica e neppure una teoria generale distillata dalla analisi di tutti gli ordinamenti. Non è neanche un libro di storia che descriva sviluppi giuridici passati, ancorchè contenga alquante analisi storiche. È un libro che mira a costruire la teoria generale, vale a dire l'inquadratura sistematica e i principî fondamentali, di un determinato diritto, la *Common Law*. Per comprendere peraltro con esattezza la genesi ideale di esso, oltrechè il suo proprio significato e l'importanza che gli fu riconosciuta fin dal suo apparire, occorre volgere il pensiero allo stato e ai metodi della filosofia giuridica e della giurisprudenza anglosassoni del tempo e fissare la posizione che in merito assume Holmes.

Nei paesi anglosassoni (come del resto in Europa) il diciassettesimo e diciottesimo erano stati i secoli del giusnaturalismo. In Inghilterra Locke aveva scritto i « *Two Treatises of Government* »; sul piano più propriamente giuridico, del diritto positivo, Blackstone aveva prodotto, con la mentalità e i metodi del giusnaturalista, i suoi famosi « *Commentaries* ». Sul finire del settecento, però, era comparso Bentham, radicale negatore del diritto di natura: e si può dire che la prima metà del secolo diciannovesimo fu idealmente dominata in Inghilterra (non certo però nelle Corti, legate in modo stretto alla tradizione) dal suo utilitarismo riformatore. L'utilitarismo ebbe in Austin il suo portavoce sul piano del diritto positivo. Austin stimava che si potessero intendere tutti gli ordinamenti secondo certi permanenti concetti generali; in questi la giurisprudenza concernente

(41) Si trattava di un corso di lezioni tenuto l'anno innanzi al Lowell Institute di Boston, che Holmes tradusse in organico volume. Parte delle idee e delle tesi in esso presentate erano già apparse in diversa forma negli sparsi articoli precedenti. Vedi la prefazione al volume, pag. III-IV. Dell'opera comparve in Italia nel 1888 una traduzione, per opera di Lambertenghi.

un diritto particolare doveva con rigore assestare la materia speciale d'esso; la comprensione, il dominio pieno e sicuro di quel diritto positivo si avrebbe ad assestamento compiuto. Ma con l'inizio della seconda metà del secolo, della gloriosa era vittoriana, il radicalismo degli utilitaristi e il metodo formalistico austiniiano apparvero inadeguati al giudizio di un ambiente culturale che ormai conosceva che il mondo è evoluzione e che il diritto è soltanto una fase dell'evoluzione, connesso nei suoi sviluppi con gli sviluppi di tutti gli altri aspetti della civiltà. In Germania già agli inizi del secolo era sorta una scuola storica del diritto che aveva proposto un concetto storicistico del fenomeno, e s'era resa famosa per monumentali opere così di storia come di diritto vigente. In Inghilterra la scuola storica nasce con cinquant'anni di ritardo e domina poi sino alla fine del secolo e oltre. Dal modello germanico la separa, dati anche i tempi, una visione più organica, « evoluzionistica », e libera affatto da venature romantiche (che si avvertono presso i tedeschi in vari concetti, come per esempio in quello dello spirito del popolo).

Ora, quando Holmes cominciò le sue meditazioni questo ultimo indirizzo era ancora in fase di nascita. In America — come abbiamo sopra accennato — prevaleva ancora, quasi senza contrasti, il giusnaturalismo. Volgendo gli occhi all'isola britannica, Holmes trovava, come interessante un giurista dall'ampio respiro, l'esempio di Austin e gli insegnamenti suoi.

È chiaro che il suo naturalismo e filosofico darwinismo doveva fargli ripugnare affatto alla ragione astratta e ai diritti soggettivi innati che sentiva cantare e decantare in patria. In una breve nota che scrisse nel 1873 Holmes mostra chiaramente, seppur in modo indiretto, che cosa pensasse di quei diritti di natura ⁽⁴²⁾. Per lui la legislazione incorpora la volontà e gli in-

⁽⁴²⁾ Si tratta di osservazioni ispirate dalla sentenza della magistratura inglese che definiva reato (*conspiracy*) lo sciopero degli addetti al servizio del gas (*gas-stokers*). Vedi: « American L. J. », vol. 17, 1873, pag. 582; *M. and F.*, pag. 48-51.

teressi del gruppo che ha il dominio di fatto nella società; non si possono fissare a priori (come fa anche Spencer, che qui egli critica) dei limiti « naturali », all'azione del governo; il diritto è un aspetto dell'evoluzione, in cui vige la legge della lotta per la vita (^{42-bis}).

Holmes si provò dappprincipio a pensare con Austin (⁴³): ma non gli veniva fatto agevolmente, poichè il suo vigile senso storico si urtava con le forzature violente che Austin faceva del materiale della Common Law in ischemi desunti dal diritto romano e generalizzati gratuitamente. Più tardi dirà di lui con ironia che il suo difetto era semplicemente questo: che non sapeva abbastanza di diritto inglese (⁴⁴).

Nel 1874 fece un viaggio in Inghilterra e vi conobbe colui che resterà la grande amicizia intellettuale della sua vita, Federico Pollock, di là a poco il maestro indiscusso della scuola storica inglese (⁴⁵). Dovette essere questo, probabilmente, un impulso a precisare il nuovo pensiero filosofico giuridico che stava germinando in lui e che in quegli anni appunto egli assodò.

(^{42-bis}) Muovendo da questi concetti HOLMES nonpertanto sembra valutare negativamente la sentenza che dava occasione al suo discorso. Il motivo è questo. Gli interessi del gruppo dominante è giusto si riflettano nel diritto. Ma la « legislazione di classe » conviene rispetti tre condizioni: che davvero giovi a chi la promulga; che non gli sia pericolosa, a cagione dell'avere la classe concorrente un potere notevole nella società; che non trascenda i limiti di preferenza per sè imposti dalla « simpatia ». La sentenza in questione sembra non tener conto della seconda condizione. Qui ci sono già, in embrione, i motivi che determinarono l'atteggiamento di Holmes giudice alla Corte Suprema. Perciò questo breve scritto ha una grande importanza indicativa per l'interpretazione del pensiero holmesiano.

(⁴³) La cosa si rileva qua e là nei primi articoli. Roscoe Pound ha definito questo primissimo il periodo « analitico » di Holmes; vedi in proposito la lettera di Pound a Reuschlein, da questi riportata nel suo *Jurisprudence: its American Prophets* (citato sopra), pag. 96.

(⁴⁴) *C. L. P.*, pag. 197.

(⁴⁵) Di Pollock in Italia è stata tradotta la *Introduction to the History of the science of politics* (1890) da BEONIO BROCCHERI, che vi ha premesso uno studio introduttivo (*Storia della scienza politica*, Milano, Bocca, 1923). L'iniziatore della scuola storica inglese fu, come è noto, Henry Sumner Maine. Non si può non ricordare peraltro quel precursore d'essa che nel diciottesimo secolo fu Burke.

L'idea centrale di esso è quella accennata che il diritto è un fenomeno storico, un aspetto della complessa civiltà umana in evoluzione: un « documento — come scrive Holmes — della morfologia e del trasformarsi delle idee umane ».

Holmes ha dinanzi a sè un diritto, quello anglosassone, il cui sviluppo è stato si può dire esclusiva opera della interpretazione giurisdizionale, senza quasi aiuto di interventi legislativi; le sue fonti di cognizione sono essenzialmente le sentenze delle Corti che costituiscono i « precedenti » autoritativi. Guardando gli sviluppi del diritto nell'opera dei giudici, in un sol discorso Holmes prospetta in *The Common Law* una importante teoria della decisione giudiziale e una dei fattori, delle forze che governano l'evoluzione del diritto ⁽⁴⁶⁾.

Con essa egli, innanzitutto e principalmente, intende combattere — per quanto a noi sembra — la indifferenziata e semplicistica concezione della decisione giudiziale che era popolare allora in America (e che probabilmente lo è in parte ancor oggi, così come lo è altrove): la concezione che ravvisa nel giudice-interprete un applicatore automatico del diritto e nella sua opera un'opera di pura « deduzione » dal dato normativo. Gli sviluppi del diritto sarebbero — per essa — mere estrinsecazioni di conseguenze implicite nel dato, ottenute dagli interpreti con il solo e puro strumento della logica formale: l'interprete, senza contaminare in alcun modo con la sua particolare impostazione mentale la sua opera, impersonalmente estrarrebbe dal dato la regola per risolvere ogni caso che si presenti.

Holmes ha concetto ben diverso del fenomeno. Gli sviluppi giudiziali hanno trasformato il diritto anglosassone da sistema giuridico di un popolo di rozzi guerrieri e pastori in sistema oggi « più razionale e evoluto del romano » ⁽⁴⁷⁾. È assurdo ritenere

⁽⁴⁶⁾ Essa non si trova esposta a parte, ma in occasione dell'esame di svolgimenti particolari del diritto. Proprio nel primo capitolo, però, Holmes ce ne enuncia i concetti fondamentali, mostrandone una concreta riprova nello sviluppo dei principi della responsabilità. (*The Common Law*, pag. 1-38).

⁽⁴⁷⁾ *The Comm. Law*, pag. 210.



che essi siano solo effetto di una sterilizzata operazione di logica formale: in loro c'è tutta la storia culturale e politica di un popolo filtrata attraverso la dinamica personalità dei giudici. Ed ecco Holmes esce nelle frasi oggi famose in America: « La vita del diritto non è stata logicità: è stata esperienza. Le esigenze del tempo, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni del pubblico interesse, conscie o inconscie, persino i pregiudizi che i giudici hanno in comune coi loro simili hanno avuto una più gran parte che non il sillogismo nel determinare le regole con le quali gli uomini sono governati » (48).

Holmes non ritiene che ci sia stata o ci sia in ciò una prevaricazione da parte dei giudici: egli accenna al fatto che l'impossibilità di un diverso disporsi del fenomeno viene dalla struttura stessa dei processi di interpretazione e decisione: « Il diritto (mentre si applica) sempre assume nuovi principi dalla vita da un lato, mentre dall'altro ne ritiene di vecchi dalla storia »: esso cesserà di così crescere, quando cesserà d'esistere (49). Il giudicare e decidere gli appare dunque un processo di necessaria continua riplasmazione del dato normativo in rapporto ai casi concreti (50).

(48) *The Comm. Law*, pag. 1.

(49) *The Comm. Law*, pag. 36.

(50) In questa coscienza della inevitabile qualità riplasmatica della interpretazione giudiziale ci sembra sia da collocare la principale differenza del concetto holmesiano della natura della decisione da quello dei rappresentanti della scuola « analitica ». Austin ammetteva invero — a differenza in ciò della semplicistica opinione popolare — che i giudici hanno in passato contribuito a creare il diritto, e che ancora oggi nei paesi di Common Law, ove non si è addivenuti alla codificazione, le questioni non definite da una legge o da una decisione precedente (a cui il giudice è vincolato) si risolvono col ricorso alle regole della morale e del costume popolare (che incorporate in una decisione diventano diritto vincolante per successivi giudizi). Ma riteneva appunto che la codificazione potesse ridurre il giudice a strumento meccanico, a automatico forgiatore di sillogismi (e del resto, secondo lui, la sfera implicante applicazione di regole di morale e costume nel ragionamento giuridico tenderebbe ad annullarsi anche per solo effetto delle continue decisioni che risolvono autoritativamente via via tutte le possibili questioni giuridiche). Holmes non crede alla possibilità di un simile ridurre l'interprete a passivo conduttore di un'autonoma energia sprigionantesi da un dato, « Per quanto noi si

Holmes, riguardando gli sviluppi del diritto nel loro insieme, scorge in essi un « paradosso ». Nella « forma » essi son stati cosa di « logica »: come vuole la « teoria ufficiale », ogni nuova sentenza trova un attacco sillogistico nei « precedenti ». Nella « sostanza », però, — egli dice — son stati cosa di « legislazione »⁽⁵¹⁾. La direttiva dell'interpretazione è data infatti, in ultima analisi, da preferenze e convincimenti dei giudici riportabili a più o meno conscie e specificate « vedute di politica pubblica ». « Proprio le considerazioni che più di rado i giudici menzionano, e sempre con scuse — dice Holmes — sono le segrete radici da cui il diritto trae le sue linfe vitali: considerazioni di ciò che è conveniente per la comunità »⁽⁵²⁾. Holmes specifica anche quale è il meccanismo attraverso cui, secondo lui, il diritto si trasforma misteriosamente nelle mani sapienti dei giudici ed oggi è ciò che nessuno avrebbe secoli fa potuto sognare, e contiene addirittura regole che sono l'antitesi di quelle imperanti nel passato: « I costumi, i bisogni di un'epoca fissano una regola. Nel corso dei secoli il costume, la credenza, il bisogno scompaiono, ma la regola rimane. Le ragioni che originarono la regola sono dimenticate e menti ingegnose si pongono alla ricerca di una giustificazione per essa. Qualche motivo politico viene escogitato che sembra spiegarla e riconciliarla al presente stato di cose. Allora la regola si adatta alla nuova ragione che s'è

possa codificare il diritto — egli dice (*The Comm. Law*, pag. 37) — in una serie di proposizioni apparentemente autosufficienti, quelle proposizioni non sarebbero che una fase in un continuo sviluppo ». Convien anche rilevare che la traduzione di regole morali e di costume in diritto fatta dai giudici, si appoggia, nelle vedute di Austin, su un rilievo da parte di costoro di regole già esistenti, cioè seguite e rispettate, nel corpo sociale. (Su questo concetto austiniano del giudice anche in questo rispetto « scopritore » della regola, possono aver influito opinioni difese dalla scuola storica in Germania al tempo in cui Austin vi studiò, prima di passare all'insegnamento, in Inghilterra. L'osservazione è di POUND, *The Theory of Judicial Decision*, pag. 309-311). Holmes ha una visione ben più dinamica e realistica dell'attività interpretativa: vedi anche oltre, nota 54.

⁽⁵¹⁾ *The comm. Law*, pag. 35.

⁽⁵²⁾ *The comm. Law*, pag. 35.

trovata per essa e comincia un nuovo corso. La vecchia forma riceve un contenuto nuovo e col tempo pure la forma si modifica per adattarsi al nuovo significato » ⁽⁵³⁾.

Tra i fattori che condizionano gli sviluppi del diritto sul piano giudiziale Holmes pone così l'elemento normativo trasmesso dalla storia. Ma assieme ad esso operano diverse forze: le citate componenti della personalità dei giudici in complesso gioco tra loro, e, alta sopra tutte queste, la componente politico-culturale. Ogni epoca storica ha una diversa concezione civile e politica e un diverso complesso di conoscenze: i giudici esprimono quanto ad essi dettano i tempi. L'immagine dei progressi del diritto che balza complessiva dalla lettura di *The Common Law* è quella di una lotta che corre essenzialmente tra dato tradizionale e coscienza o teoria politica o della legislazione prevalente nel momento storico. Il diritto che si applica di fatto è una « combinazione » tra le due: un compromesso in cui la prevalenza è dell'elemento politico, che è il polo dinamico, sull'elemento tradizionale che funge da freno ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ *The comm. Law*, pag. 5.

⁽⁵⁴⁾ In questa teoria della decisione giudiziale e degli sviluppi del diritto nei processi interpretativi, Holmes compie un passo innanzi — ci sembra — rispetto alle tesi sostenute dalla scuola storica tedesca. Questa, come è noto, riconosceva alla interpretazione scientifica del diritto e alle conseguenti applicazioni giudiziali una funzione elaborativa del diritto. Ma l'elaborazione per essa — ricordiamo le sue origini romantiche — consisteva essenzialmente nella « scoperta » del « costume » in cui s'esprime lo « spirito del popolo » e nella traduzione « tecnica » di esso in regola giuridica. Il processo aveva un po' l'inevitabilità delle cose meccaniche (e il meccanicismo si confermava nella sfiducia pressochè completa della scuola nell'efficacia innovativa della legislazione, considerata un'inutile e persino dannosa intrusione nel rapporto diretto costume-scienza). Holmes non parla di costume, non parla di spirito del popolo; mostra di pensare ai giudici come a parti attive e influenti nel processo storico, rappresentanti di certe forze politiche, non portativi tecnici di un mitico volere della comunità. Certo, i giudici sono legati anche per lui alla realtà del loro tempo, perchè la volontà loro non potrebbe a lungo imporsi se in contrasto con le condizioni storiche obiettive: ma il quadro che egli dà del fenomeno è dinamico, di azioni e reazioni tra diritto e forze politiche e sociali. I giudici non sono automatici organi del popolo: sono uomini che giudicano col loro « buon senso » (*The Comm. Law*, pag. 28, 36), che gli fa cercar la strada a

Ora Holmes, nel suo *The Common Law*, non vuol tracciare con intento descrittivo gli sviluppi passati di un diritto: vuol fare un'opera di sistematica giuridica, che porga concetti e principî che sian d'ausilio alla soluzione di questioni e di casi. Egli intende determinare solo — data la struttura dell'opera — il quadro dei concetti e dei principî essenzialissimi. Ma — ed ecco il punto ove interviene la sua visione evoluzionistica del diritto e la sua coscienza che esso s'è lentamente formato nei secoli attraverso sviluppi giudiziali — egli non vuol procedere neppure in questo compito con metodo formalistico. « Il diritto incorpora la storia dello sviluppo di una nazione attraverso i secoli; e non può essere trattato come se contenesse solo gli assiomi di un libro di matematica » (55). Bisogna possedere a fondo le regole di un particolare diritto, per poterci costruire sopra un sistema. Non vale sforzarsi a distillare « la quintessenza inutile di tutti i sistemi » (dirà Holmes qualche anno più tardi con riferimento agli austiniani) (56): basta lavorar bene su uno. Ma perciò anche a un lavoro sistematico occorre la conoscenza della storia giuridica, dell'origine e del lento pervenire delle regole alla loro forma e al loro contenuto attuali.

The Common Law è in certo senso il fratello di « *The Law of Torts* », « *Principles of Contract* », « *A first book of jurisprudence* » di Pollock. Assieme a quest'ultimo libro esso potrebbe venir preso quasi simbolo della fase « storica », succeduta alla « giusnaturalistica » e « analitica », della giurisprudenza anglosassone. In America, esso si potrebbe considerare uno dei primi saggi di quella giurisprudenza « storica » che sopra abbiamo

lor giudizio migliore nelle circostanze date, e tentare una via e poi correggersi e tentarne un'altra, come in tutte le cose d'« esperienza ».

Holmes naturalmente non fa che un veloce abbozzo. Comunque, la sua visione appare vicinissima al concetto generale che in anni successivi Pollock esprimerà delle relazioni dinamiche e dialettiche tra diritto e politica nei suoi *Essays in Jurisprudence and Ethics*.

(55) *The Comm. Law*, pag. 1.

(56) *C. L. P.*, pag. 196.

accennato introdursi e dominare negli ultimi decenni dell'Ottocento negli Stati Uniti ⁽⁵⁷⁾.

Ma c'è — assieme ad altre che qui non notiamo e che considereremo più innanzi — una diversità tra l'opera di Holmes e l'indirizzo generale di quest'ultima giurisprudenza: una diversità che serve a distaccare Holmes da essa mentre lo accosta alla scuola inglese e al contempo chiarisce e specifica la novità del suo lavoro rispetto a tutta, dobbiam dire, la giurisprudenza mondiale precedente, e prepara certe affermazioni di *The Path of the Law* e *Law in Science-Science in Law*. È in questo punto che si vede un accenno all'aprirsi di una nuova fase nel pensiero giuridico americano.

Nel formulare la teoria della Common Law, Holmes si avvale dello strumento (*tool*) della storia. Ma la notizia storica particolare gli serve — come egli stesso dice — « per interpretare singole regole e concetti, non oltre » ⁽⁵⁸⁾.

La costruzione dell'impalcatura del sistema, il disegno del profilo funzionale degli istituti, la determinazione dei principî generali, son da lui raggiunti contemplando il diritto nel quadro filosofico dell'evoluzione umana: ove questo diritto appare a Holmes soggetto ai valori generalissimi che si realizzano in questa evoluzione, pur nello stadio di sviluppo da esso raggiunto e nell'ambito del suo contenuto particolare. Una coscienza filosofico-politica generalissima governa e trae i fili di tutto il lavoro di Holmes: l'immagine finale della sua Common Law è così il frutto dell'elaborazione, per induzioni logiche, di un certo dato normativo (i precedenti delle Corti anglosassoni che sono autorità), fatta secondo una certa direttiva storico-filosofica. Ma le direttive che forniva la visione holmesiana dell'evoluzione erano, a grandi linee, i valori che noi abbiám visti, dicendo so-

⁽⁵⁷⁾ Vedi pag. 54.

⁽⁵⁸⁾ *The Comm. Law*, pag. 2.

pra del suo mondo filosofico etico: che si riflettono dunque, ora, in questa sua opera (⁵⁹).

Chi osservi il pensiero e i lavori di Pollock vi scorge dominante un concetto organico-storico dello stato come supremo valore politico. Egli viene combattendo quell'idea individualistica, quel concetto dell'individuo come elemento primo nelle scienze sociali, che in Inghilterra era stato propugnato non solo dai giusnaturalisti ma anche dai seguaci della scuola utilitaristica ed era stato perciò in certo senso fin'allora il cardine indiscusso

(⁵⁹) Abilissimo è il ricamo che la coscienza filosofico-politica di Holmes sa compiere, in vista delle costruzioni teoriche, mercè lo strumento della notizia storica. Di fronte per es. a certe costruzioni dogmatiche, che intende eliminare per motivi in definitiva politici, egli usa della notizia storica per metterne in luce il carattere fittizio. La storia non serve solo per interpretare una regola: serve anche — egli dice — per la « revisione » del diritto (*The Comm. Law*, pag. 36).

Abbiam sopra detto per quale meccanismo secondo lui il diritto si sviluppi nelle mani dei giudici: « motivi politici » e « giustificazioni » che a lungo andare piegano a nuovi usi vecchie regole. Ma ecco ciò che Holmes afferma: « Quando troviamo (e ce lo fa trovar la storia) in grandi e importanti branche del diritto che i varii motivi politici con cui le varie regole sono state giustificate sono invenzioni successive per spiegare ciò che in fatto è un residuo di epoche precedenti, noi abbiamo il diritto di riconsiderare le ragioni popolari, e, prendendo più ampia visione del campo, giudicar di nuovo se esse son soddisfacenti. Lo saranno magari, non ostante il modo del loro apparire... Ma l'esame e la revisione son giustificati » (*The Comm. Law*, pag. 37).

Su questo impiego particolare della storia sul quale, come affermazione di principio, qui non si batte troppo, torneranno con molta insistenza *The Path of Law* e *Law in Science - Science in Law*. Ma intanto, in *The Common Law*, Holmes con esso ravvisa il carattere fittizio della dottrina della *culpa in vigilando* e di quella *in eligendo*, inventata per spiegare la responsabilità per danno di animali e per quello cagionato da dipendenti; dottrina che egli abbandona nel suo tentativo di generalizzazione dei principi della responsabilità: vedi *infra*, nota 70 e 81. Con esso egli anche mostra il carattere fittizio dell'identificazione di *principal* e *agent* con la quale vengon spiegate le regole della *agency*, istituto che porta le tracce di una civiltà primitiva. Tale identificazione generalizza regole che egli vuol invece, in funzione della sua teoria del possesso, considerare eccezionali: vedi *infra* nota 91.

Talaltra volta, invece, allo scopo di tener in luce caratteri di un istituto i quali egli vuol mettere in primo piano nella sua generalizzazione, Holmes ci indugia sopra con lunghi chiarimenti storici: come nel caso dei *bailees* per la teoria del possesso: vedi *infra*, nota 91.

della tradizione scientifica britannica nel campo di esse scienze sociali (⁶⁰). Holmes parimenti — secondo la sua conformazione mentale — combatte il principio dell'individuo primo valore — dell'individuo, che egli subordina, come sappiamo, alla specie e al gruppo. Egli però, scegliendo un valore collettivo, non tanto fa cadere l'accento sullo stato, ma, appunto, sugli interessi di gruppo e di specie, sulla *società*.

Un'idea sociale del diritto domina *The Common Law*. Essa costituisce quel punto di distacco che abbiám sopra accennato tra la giurisprudenza holmesiana e la rimanente giurisprudenza « storica » del suo paese in quegli ultimi anni dell'ottocento: questa sembra infatti per lo più inquadrare il diritto in una visione del divenire storico il cui fine ultimo è la massima affermazione dell'individuo (⁶¹). Ma quell'idea è anche il segno che « *The Common Law* » si trova già all'uscita del secolo decimonono. Il pensiero giuridico ispirato in America al giusnaturalismo, in Inghilterra all'utilitarismo, aveva nell'ottocento provveduto a organizzarsi secondo una idea individualistica. Ma la stessa cosa è stata notata di una giurisprudenza che non ci si sarebbe attesi prendesse questa strada: di quella dei grandi maestri e dei seguaci della scuola storica tedesca, nata in reazione filosofica al razionalismo individualistico e finita a far dell'idea dell'individuo, concepito come « persona libera e co-

(⁶⁰) Politicamente Pollock era un seguace di quel nuovo torysmo che in Inghilterra nella seconda metà dell'ottocento si eresse ad interprete delle esigenze popolari di contro al liberalismo della scuola di Manchester, fermo alla situazione storica di 50 anni prima. La critica dell'individualismo atomistico si può dire costituisca il tema centrale della *Storia della scienza politica* sopra citata.

(⁶¹) Tra i rappresentanti dell'indirizzo spiccava J. C. Carter. Chiara è la sua concezione filosofica del fine dello sviluppo giuridico: « ... la ultima funzione del diritto e della legislazione è... di assicurare a ciascun individuo il massimo di libertà compatibile con la preservazione di una uguale libertà negli altri... » (citato da POUND in *Interpretations of Legal History*, cit., pag. 34). Pound ritiene che la « giurisprudenza metafisico-storica » di Carter, e in genere dell'indirizzo, fu un « non piccolo fattore nel guidare le decisioni giudiziali americane nell'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e ...oltre » (*Interpr. of Legal Hist.*, cit., pag. 34): nel porle su quella via che vedremo combattuta da Holmes alla Corte Suprema degli S. U.

sciente », il « centro » della propria sistematica giuridica ⁽⁶²⁾. Erano in fondo i tempi — la fine del feudalesimo, il primo organizzarsi di una nuova economia borghese — che facilitavano e richiedevano un tal fenomeno. Ma ora i tempi stavano mutando: cominciava dappertutto, qui prima, là dopo, ad emergere una società di complessa organizzazione industriale. *The Common Law* incorporava un'idea che pareva meglio consonante alla situazione. In Inghilterra essa fu magnificata da un giudizio di Maitland che vi ravvisò una possibile restituzione, adatta alle circostanze, dell'influsso che Blackstone aveva esercitato in America ⁽⁶³⁾.

(62) Le parole e l'osservazione sono di GIOELE SOLARI in *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pag. 257. Si vedano, sui rapporti tra fondamento filosofico e sistematica giuridica nella scuola storica tedesca, gli ultimi tre paragrafi del libro (§ 28 *Il rapporto tra teoria e pratica nella dottrina storica*, § 29 *Il sistema di diritto privato di Savigny, Puchta, Stahl*, § 30 *Incoerenze tra la dottrina storica e le sue applicazioni al diritto privato*). Solari vede nella sistematica di Savigny l'influsso di un ideale di impronta Kantiana (*ibid.*, pag. 261). Pound ha mostrato come nell'Ottocento tutta si può dire la giurisprudenza si ispirasse all'idea individualistica, qual che fosse la filosofia giuridica da cui prendeva le mosse, giusnaturalistica, metafisico-storica, utilitarista-analitica, ecc. (vedi *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1922, pag. 49-55; pag. 63-87).

(63) Il giudizio si legge in *Encyclopedia Britannica*, 11^a ed., voce *English Law*. Holmes stesso era pienamente conscio della impostazione « sociale » del suo lavoro e della concordanza d'essa con l'andamento dei tempi. « È di moda oggi — egli scrive nel 1915 — di metter avanti i principi del benessere sociale di contro alle individualistiche Carte dei diritti del diciottesimo secolo. Oso far riferimento a un mio libro pubblicato trentaquattr'anni or sono per mostrare che non si tratta di una novità » (*C. L. P.*, pag. 307).

III

SOMMARIO: III. - Le teorie di *The Common Law*. La struttura generale della costruzione. Le teorie particolari: I) La dottrina unitaria della responsabilità penale e civile. L'*external standard* e l'*average man*. La responsabilità penale, il fine della pena e la *mens rea*. La responsabilità civile e i suoi criteri: illeciti « non intenzionali » e « intenzionali ». - II) Il possesso. La critica delle teorie della giurisprudenza tedesca. *Animus domini*. - III) Il contratto. La teoria della promessa giuridicamente vincolante come « assunzione di rischio ». Nullità e annullabilità del contratto. Prevalenza della dichiarazione sulla volontà. - IV) Successioni.

Chiariti i principî metodologici che stanno alla base di questa opera di Holmes, convien dare un rapido sguardo agli aspetti concreti del suo contenuto.

Il motivo conduttore, il tema centrale d'essa, è appunto la polemica continua, per lo più coperta, ma talvolta scopertissima, contro la tendenza individualistica. Holmes le contrappone costantemente un diritto che serve ai valori che egli con il suo naturalismo e evolucionismo avverte supremi: il benessere sociale, l'esigenza della vita comune, la sicurezza dei rapporti e degli affari. In questa polemica, le Dichiarazioni dei diritti e Kant, Austin (per la teoria della responsabilità) e i grandi giuristi « storici » tedeschi (per la teoria del possesso), sono i bersagli indicati per nome.

La struttura e gli elementi essenziali del sistema (che non son presentati in una premessa a parte, ma si ricavano facilmente dallo studio complessivo dell'opera e del resto sono fedelmente rispecchiati anche nell'ordine di successione dei capitoli) portano già tutta l'impronta originale di Holmes.

Holmes nei primi capitoli tratta del « punto in cui, nel sistema della Common Law, un uomo comincia ad agire in generale a suo rischio e pericolo » ⁽⁶⁴⁾, nel senso che, cagionando cer-

⁽⁶⁴⁾ *The Comm. Law*, pag. 164.

ti eventi che il diritto considera mali, divien assoggettabile a sanzione: tratta, cioè, della *responsabilità penale e civile*. Ma taluni mali « non possono venir sofferti se non da chi si trovi in relazione di fatto speciale e particolare con l'agente o con altre persone o cose » (65), per cui Holmes passa a definire le fondamentali fra quelle relazioni: *possesso* e *contratto*. Ma diritti e doveri scaturenti dalle relazioni di fatto si trasmettono dai soggetti originari ad altri: ed egli perciò, per ultimo, determina i principî generali che reggono le *successioni*.

Chi mediti un momento su questa singolare struttura, scorre subito che essa realizza un'idea del diritto oggettivo come mezzo per garantire la sicurezza della vita sociale e il suo assestarsi a un certo livello di civiltà. Alla base stanno norme che s'atteggiano a minacce miranti a prevenire fatti negativamente valutati. Tutte le altre norme del sistema, componenti i vari istituti, non fanno che apportare specificazioni a quelle che potremmo dire le condizioni di scatto della sanzione minacciata (66). La Common Law di Holmes è un diritto informato a una idea comminatoria e sanzionatoria in funzione sociale. Assolutamente negata è la preesistenza di diritti soggettivi agli obblighi che nascono dalle norme.

La finalità generica che si intravede in questa struttura, acquista contorni ben definiti, specificandosi, quando si vengano a contemplar da vicino le singole parti e gli elementi del sistema. La specificazione avviene nel preciso senso dei valori filosofico-etici cari a Holmes. Così nei tre argomenti della responsabilità del possesso e del contratto si vedono limpidamente emergere i valori della vita civile, della vitalità nel gruppo sociale, della sicurezza dei rapporti.

(65) *The Comm. Law*, pag. 164.

(66) Una certa simiglianza con la dottrina « sanzionatoria » del diritto e del concetto del diritto come « tecnica sociale » di Kelsen è rilevabile. Ma giova notare — se non altro — che questa struttura non viene approntata da Holmes in astratto, nel tentativo cioè di fissare una forma di applicabilità universale, ma come strumento per il dominio e la sistemazione di un concreto, particolare diritto.

Nel campo della responsabilità Holmes compie — stanti le condizioni al suo tempo della Common Law — uno sforzo arditissimo di generalizzazione ⁽⁶⁷⁾. Ma l'intento di esso è questo: definire come principio che la responsabilità sia penale sia civile non dipende dal comportamento del soggetto valutato con criteri che tengon conto del suo interno, concreto atteggiamento: siffatti criteri son propri della morale, non del diritto, che non si cura di regola se non dell'esterno e giudica con criteri uniformi (*external standard*) ⁽⁶⁸⁾. Holmes polemizza con la tendenza ad equiparare il criterio di giudizio giuridico a quello di giudizio morale, e a ricercare di conseguenza nell'agente un'effettiva intenzione del male cagionato, una sua intrinseca umana riprovevolezza, ecc. Per lui il diritto pone dei modelli di condotta che rispondono alle capacità, nelle circostanze, dell'« uomo medio » (*average man*) ⁽⁶⁹⁾, richiedendo ai soggetti di sollevarsi « alla loro altezza », pena (se hanno cagionato l'evento vitando) d'assoggettarli alla sanzione: nè la mancanza in concreto o nelle circostanze delle capacità medie ha per esso alcun rilievo, salve le eccezioni ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ La riprova dell'arditezza dello sforzo è che molti ritennero esserne i risultati espressione di un desiderio politico che andava ben al di là del diritto attuale. Vedi per questo atteggiamento quanto Holmes stesso racconta di una sua discussione con un alto magistrato inglese (*C. L. P.*, pag. 190-191).

⁽⁶⁸⁾ *The Comm. Law*, pag. 38, 40, 50, 108.

⁽⁶⁹⁾ *The Comm. Law*, pag. 51, 108.

⁽⁷⁰⁾ Le eccezioni più note sono naturalmente la minor età e la infermità di mente. (*The Comm. Law*, pag. 109). In tutta codesta polemica l'avversario cui Holmes si riferisce è Austin, accusato di definire i criteri di responsabilità con riferimento a concreti stati mentali del soggetto, e cioè di introdurre nel diritto una misura morale. (*The Comm. Law*, pag. 6, 82). Holmes afferma che il diritto in epoche primitive impiegava rozzamente criteri di giudizio morali, poichè dava via libera alla vendetta, sul presupposto di una effettiva riprovevolezza nell'agente. La vendetta si appuntava direttamente alla causa del male: che poteva anche essere, per la mentalità animistica primitiva, un animale e perfino una cosa (dove le prime regole sulla responsabilità per danni da animali e servi per quali era tenuto il padrone che non ne facesse consegna: regole che con grandi trasformazioni e tolta l'alternativa della consegna si son tramandate fino ai nostri giorni, ma non posson venir spiegate ora con la posticcia e fittizia teoria accolta da Austin della *culpa*

È forse necessaria, in diritto criminale ⁽⁷¹⁾, la *mens rea*, intesa come effettiva volontà dell'evento malefico (*intent*), perchè si possa applicare la pena? Per Holmes no ⁽⁷²⁾. La teoria generale del diritto criminale in Common Law può formularsi, secondo lui, così. Scopo della pena è puramente e semplicemente la prevenzione ⁽⁷³⁾. Si obietta che il far della prevenzione il fine penale viola in fondo il principio delle Dichiarazioni che tutti i membri di una « libera comunità » abbiano « eguali diritti alla vita, alla libertà, alla sicurezza personale » ⁽⁷⁴⁾; si obietta con Kant che la teoria della prevenzione fa dell'uomo una cosa, un semplice mezzo per un fine ⁽⁷⁵⁾. Ma si deve rispondere — dice Holmes — che il dogma degli eguali diritti non ha valore assoluto: cede di fronte all'interesse della comunità:

in vigilando o in negligendo, e devono spiegarsi invece con motivi politici particolari: vedi *infra*, nota 81). Ma il diritto, evolvendo, seppur ha mantenuto la terminologia morale, ha in fatto, secondo Holmes, determinato i suoi criteri come esterni e obiettivi, eliminando progressivamente la necessità di una effettiva, concreta colpevolezza.

In sostanza, per Holmes, così in campo civile come in penale, l'ordinamento giuridico si ispirerebbe ormai a un unico principio generalissimo: è vietato cagionare danni ad altri; risponde chi li ha cagionati con una condotta che l'uomo medio avrebbe potuto prevedere, sulla base delle circostanze note all'agente, capace di produrre il risultato dannoso. Le singole figure di delitto criminale e di delitto civile non sarebbero che applicazioni, specificazioni, concretizzazioni di questo generalissimo principio, con la comminatoria di una sanzione proporzionata caso per caso alla natura e entità del male vitando: e ciascuna figura andrebbe interpretata sulla base del principio. Nel campo civile poi — se intendiamo correttamente — non si è soggetti a sanzione solo nei casi delle figure delittuose espressamente previste, come in campo penale: il diritto avrebbe ormai superato il numero chiuso dei delitti civili con cui aveva cominciato nel medioevo, e avrebbe posto ormai una regola generale di risarcimento pecuniario per qualsivoglia danno inferito, distinguendosi ancora singole figure delittuose per mero comodo, per tradizione. (Giova ricordare che l'abolizione delle forme d'azione è cominciata nei paesi di Common Law solo nell'ottocento). Su quest'ultimo punto si veda anche *C. L. P.*, pag. 117-118 e 190.

⁽⁷¹⁾ Si veda *The Comm. Law*, cap. II.

⁽⁷²⁾ *The Comm. Law*, pag. 75.

⁽⁷³⁾ *The Comm. Law*, pag. 43.

⁽⁷⁴⁾ *The Comm. Law*, pag. 43-44.

⁽⁷⁵⁾ *The Comm. Law*, pag. 44-45.

« nessuna società ha mai ammesso di non poter sacrificare l'individuo alla sua esistenza » ⁽⁷⁶⁾; ed è poi « perfettamente giusto » che una società tratti gli uomini come dei mezzi, degli strumenti per il suo benessere ⁽⁷⁷⁾. Essendo dunque la prevenzione il fondamento della pena, il nesso causale e un comportamento che si scosti dal modello di condotta medio nelle circostanze conosciute, son condizioni sufficienti — di regola — per la responsabilità dell'agente ⁽⁷⁸⁾. Holmes mostra come a codesta teoria si adatti la disciplina particolare dei reati d'omicidio, d'incendio doloso, ed altri ⁽⁷⁹⁾.

Un principio generale identico vale, per Holmes, anche nel campo dell'illecito civile extracontrattuale (*torts*) ⁽⁸⁰⁾ salve le eccezioni dovute a particolari motivi politici o a particolari residue incoerenze nel lento sviluppo della Common Law ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁶⁾ *The Comm. Law*, pag. 43.

⁽⁷⁷⁾ *The Comm. Law*, pag. 46-47.

⁽⁷⁸⁾ *The Comm. Law*, pag. 50-51.

⁽⁷⁹⁾ *The Comm. Law*, pag. 51-74. Tipico è il caso dell'omicidio. Il *murder* (omicidio doloso) si definisce per solito — ricorda Holmes — « illecita uccisione maliziosamente meditata » (*with malice aforethought*). La « malizia », secondo il linguaggio comune, implicherebbe la concreta volontà dell'evento e un desiderio di esso per pura malvagità. Ma, a ben esaminare, gli estremi fissati nelle sentenze di tradizione giudiziale consentono di dire che ad integrare il reato di *murder* basta la grande probabilità dell'effetto letale dell'atto, avvertibile, sulla base delle circostanze note, da un'esperienza media. La distinzione tra *misadventure* (uccisione fortuita) *manslaughter* (a un dipresso omicidio colposo) e *murder*, si riduce, dunque, per Holmes, al semplice diverso « grado di pericolo inerente a un certo atto in una certa condizione di fatto ». (*The Comm. Law*, pag. 59).

⁽⁸⁰⁾ Si veda *The Comm. Law*, cap. III e IV.

⁽⁸¹⁾ *The Comm. Law*, pag. 144 segg. Queste eccezioni per motivi politici particolari al principio generale della responsabilità fondata sulla prevedibilità del danno da parte dell'uomo medio, sono di due specie. Alla prima appartengono i casi (*The Comm. Law*, pag. 144-145) in cui il diritto consente di infliggere ad altri un danno nonostante la prevedibilità d'esso o addirittura la effettiva previsione e la volontà d'esso nell'agente. Qui il diritto, in vista del vantaggio sociale dell'atto, concede un « privilegio » (*privilege*), o causa di giustificazione: come quando taluno in un piccolo paese apre uno spaccio che sicuramente sottrarrà clienti ad uno spaccio preesistente, ma giova con la concorrenza alla comunità. La determinazione dell'esistenza di un « privilegio » involve necessariamente, secondo Holmes, un giudizio in cui ha speciale efficacia la visione politica dell'interprete: su questo punto egli tornerà con un successivo scritto (vedi nota 106 e 119) e in base a questa co-

In *trespass* ⁽⁸²⁾, tipico illecito civile non intenzionale, la « negligenza » (*negligence*), che è criterio di responsabilità, non va intesa come un interno atteggiamento colpevole, sibbene come pura difformità della condotta da un modello astratto obiettivo che il diritto fissa con riguardo all'uomo medio e che tocca al giudice di specificare rispetto alle diverse situazioni ⁽⁸³⁾. Nelle fi-

scienza egli deciderà *Vagelahn v. Guntner* (vedi nota 139). Nella seconda specie rientrano i casi in cui il diritto accolla una responsabilità assoluta, cioè obiettiva o indiretta: come nelle responsabilità sopra citate per danni di animali o di dipendenti. Holmes ritiene che tentare di riportare questi ultimi casi sotto un principio generale di colpa, come con l'addurre una negligenza nella vigilanza o nella scelta, non faccia che oscurare il carattere eccezionale — rispetto al vero principio generale della responsabilità — che si deve riconoscere a questi casi, e impedisce inoltre di pensare distintamente alle vere ragioni politiche che potrebbero seriamente giustificarli. Delle regole particolari di tradizione giudiziale imponenti una responsabilità assoluta, egli, alcune accenna a giudicare meri residui storici, altre (come quella di *Rylands v. Fletcher*, definente la responsabilità assoluta per danni di animali) accenna a giustificare con ragioni di un certo « vantaggio pubblico ». (*The Comm. Law*, pag. 17, 116, 145, 156).

Qui Holmes si mantiene cauto. Sedici anni più tardi, peraltro, parlerà chiaro rispetto alla responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro dei dipendenti. Le giurie — cui i giudici rimettono la questione della « negligenza » del datore di lavoro — quasi inamovibilmente votano per l'esistenza di detta « negligenza ». In effetti, ciò che accade — secondo Holmes — è che la comunità sta ponendo, per una certa classe di danni relativi a una certa classe di persone, una regola di responsabilità assoluta chiaramente eccezionale rispetto al principio generale: e la *ratio* politica che sta dietro ad essa deve definirsi come l'interesse pubblico a che siano « assicurate » vita e sicurezza dei lavoratori di fronte ai rischi che la loro opera comporta. Vedi *C. L. P.*, pag. 182. Le difficoltà infine che si incontrano a riportare sotto questo schema — formato da quel principio generale e da queste opposte specie di eccezioni ad esso — tutti i singoli casi di illecito civile conosciuti dalle decisioni giudiziali, sono da Holmes accennate in *The Comm. Law*, pag. 140-144. Vedi anche *C. L. P.*, pag. 190.

Giova qui ricordare, in contrapposto a questo schema e per inquadrare storicamente la posizione di Holmes, la teoria della responsabilità che Roscoe Pound afferma (*The Theory of Judicial Decision*, cit., pag. 821) diffusa in quegli anni in America dall'indirizzo storico. La teoria poneva il pressochè assoluto principio della irresponsabilità in mancanza di effettiva colpa (*no liability without actual fault*). Decenni più tardi percepiremo una scintilla scaturente dal contrasto di questa teoria con lo schema e i concetti holmesiani, nelle opposte posizioni che egli e gli altri giudici assunsero nel giudizio sulla costituzionalità delle *Workmen's Compensation Laws*: vedi *infra*, nota 157.

⁽⁸²⁾ *The Comm. Law*, pag. 80 segg.

⁽⁸³⁾ Stabilire se in certe circostanze una certa condotta è imprudente vale

gure poi di illeciti cosiddetti « intenzionali » ⁽⁸⁴⁾ (per esempio nella diffamazione), l'intenzione, a ben guardare, si risolve — dice Holmes — nella conoscenza dei fatti che rendevano nelle circostanze l'atto pericoloso secondo giudizio di un'intelligenza media: e siffatta conoscenza basta per costituire responsabile l'agente — avesse egli o meno coscienza effettiva della pericolosità dell'atto che compiva ⁽⁸⁵⁾.

L'*external standard* e la figura dell'*average man* sono strumenti coi quali il diritto sollecita gli individui a mantenersi a un certo livello di condotta civile. Poichè delle debolezze particolari di ciascuno il diritto non tien conto, essendo ciò che gli preme l'attuazione del suo fine, l'individuo come tale può riuscirne sacrificato. Ma non solo nel campo della responsabilità l'individuo non è valore centrale: non lo è, in certo senso, nemmeno là dove sembrerebbe che il diritto si ponga del tutto al suo servizio: nel campo del possesso e della proprietà.

Qui i giuristi storici tedeschi ⁽⁸⁶⁾ facevano geniali costru-

— così ragiona Holmes — determinare coi criteri dell'uomo medio la condotta prudente nelle circostanze (il modello), e constatar poi se la concreta condotta in esame vi si è adeguata. Ma determinare un tale modello è — prosegue Holmes — una vera funzione legislativa: a fissare, relativamente in astratto, la condotta comandata dal diritto. Le questioni dell'esistenza nel caso concreto di « *negligence* » sono quindi questioni miste — secondo lui — di diritto e di fatto: e i giudici che le rimettono interamente al giudizio della giuria — qui occorre ricordare che nei paesi di Common Law la giuria giudica anche nei processi civili — cedono a questa, sostanzialmente, funzioni legislative. Il che Holmes non condanna in sè e per sè, ma neppure vede di troppo buon occhio anche perchè ritiene che « modelli » di condotta vadano definiti con chiarezza rispetto a quante più possibili circostanze tipiche, affinchè la gente, conoscendoli in anticipo, possa regolarsi in conformità — e siffatta definizione non posson porre che i giudici. Contro il pericolo che « modelli » così particolareggiatamente definiti perdano in breve tempo contatto con le esigenze della mutevole realtà sociale che regolano, Holmes suggerisce il rimedio di una frequente revisione (*overruling*) d'essi da parte dei giudici (*The Comm. Law*, pag. 111-129).

⁽⁸⁴⁾ *The Comm. Law*, pag. 130-144.

⁽⁸⁵⁾ *The Comm. Law*, pag. 130.

⁽⁸⁶⁾ Holmes ricorda Savigny, Bruns, Puchta, Windscheid, Jhering, dicendoli ispirati alla filosofia dell'idealismo kantiano e hegeliano: *The Comm. Law*, pag. 207-209.

zioni dogmatiche, muovendo dal principio che col possesso il diritto mira a proteggere la persona, la manifestazione della libera volontà che si afferma all'esterno, sulle cose; Holmes accenna a una tendenza tra i giuristi di lingua inglese a prender a prestito quei dogmi e a sistemare secondo questi il materiale della Common Law ⁽⁸⁷⁾. Egli respinge nettamente il punto di partenza proprio di quelle costruzioni. L'istituto del possesso non ha la base che vorrebbero la filosofia idealistica e le Dichiarazioni settecentesche dei diritti: con esso l'ordinamento protegge invece la nuda forza che si estrinseca nella relazione di fatto istituitasi tra il soggetto e la cosa ⁽⁸⁸⁾. In fondo Holmes configura il possesso come premio conferito all'affermarsi della prima elementare qualità che un sano e forte corpo sociale può desiderar nei suoi membri: la vitalità. Su questa diversa base Holmes può negare che l'*animus domini*, caro alla dogmatica tedesca, costituisca un elemento essenziale del possesso ⁽⁸⁹⁾. Per lui non occorre che la volontà riporti la cosa alla persona come cosa *sua*: basta che genericamente intenda escludere dalla cosa i terzi ⁽⁹⁰⁾. La differenza che codesta definizione dell'elemento psicologico presenta rispetto all'altra, consente a Holmes di meglio inquadrare — così egli reputa — il dato di Common Law (in questo sistema infatti i *bailees*, detentori fiduciari privi di *animus domini*, fruiscono, a difesa della loro situazione giuridica, dei rimedi possessori) ⁽⁹¹⁾. A maggiormente elevare la po-

(87) *The Comm. Law*, pag. 168, 218.

(88) *The Comm. Law*, pag. 211-213.

(89) *The Comm. Law*, pag. 218-220.

(90) *The Comm. Law*, pag. 220-221.

(91) *The Comm. Law*, pag. 219, 221. Appunto per attirar l'attenzione sulla pertinenza nel sistema di Common Law delle azioni possessorie al detentore fiduciario (contro quanto accade in diritto romano sui cui materiali lavoravano i giuristi tedeschi; e qui Holmes nota il fortunato incontro dei particolari di questo diritto con una teoria di ispirazione filosofica che pretende all'universalità) egli dedica quasi mezzo capitolo alla storia dell'istituto del *bailment* dalle sue origini (cap. V, pag. 164-180). Fissato questo fatto caratteristico, egli può respingere la dottrina tedesca dell'*animus domini* adducendo che essa quanto meno non riesce

sizione che il valore della vitalità ha nell'ordinamento giuridico contribuisce poi il concetto che Holmes pone della proprietà ⁽⁹²⁾. Possessore e proprietario godono in Common Law — egli afferma — dei medesimi rimedi e difese: sol che il secondo può esercitarli verso tutti, il primo verso tutti, fuorchè il proprietario; il titolo d'acquisto della proprietà cui occorre di norma risalire per fondare il diritto è il possesso protratto pel tempo della prescrizione. Così, la proprietà si risolve in un possesso potenziato.

Nella teoria del contratto ⁽⁹³⁾ Holmes respinge l'opinione

ad inquadralo, e che il fatto costituirebbe troppo grave eccezione per la dottrina perchè questa possa ancora restar in piedi (pag. 211). Holmes stesso però deve poi fronteggiare due eccezioni alla sua teoria dell'« intenzione di escludere i terzi »: nel sistema della Common Law i *servants* e in parte gli *agents* — che detengono per il padrone e il principale — non hanno azioni possessorie. Qui pertanto lo strumento storico vien impiegato da Holmes in senso inverso a quello dell'impiego precedente. Con la storia egli si adopera ora a mostrare che le regole relative alla detenzione dei dipendenti e dei rappresentanti sono delle « anomalie »: sono residui dell'antico stato servile ormai scomparso ed esse pure avviate a svanire non avendo che una giustificazione storica (pag. 226-236). Insomma, in tutto questo ragionamento holmesiano si ha un bell'esempio, quasi *in vitro*, del principale segreto d'ogni costruire dogmatico: che è essenzialmente un porre l'accento, con abile uso di strumenti tecnici e sulla falsariga di ultimi giudizi politici, su questo piuttosto che su quel punto del dato normativo: un elevare una regola a principio abbassando un'altra ad eccezione. Come conseguenza pratica della dottrina da lui elaborata, Holmes può indicare le soluzioni di alcuni casi dubbi che per essa si raggiungono, diverse da quelle che si raggiungerebbero con la dottrina dell'*animus domini*: *The Comm. Law*, pag. 221-226.

⁽⁹²⁾ *The Comm. Law*, pag. 294-296.

⁽⁹³⁾ Si veda *The Comm. Law*, Cap. VII, VIII, IX. Nel capitolo settimo Holmes disegna l'interessante sviluppo storico del contratto, dai medievali, embrionali vincoli obbligatori, alle forme mature dei tempi di Coke. Questa volta però la storia non sembra avere una precisa funzione strumentale-polemica nel quadro della costruzione dogmatica. La narrazione concerne principalmente gli sviluppi del principio della *consideration* (che potrebbe tradursi con il termine romano e nostro *causa*, se non che ha una portata più ristretta e copre il solo terreno, grosso modo, della *causa credendi*). L'origine della *consideration* non deve appunto porsi — secondo Holmes — in una pretesa introduzione di principi romani nel diritto inglese: sibbene in un autonomo svolgimento di certi aspetti di due azioni, *debt* (azione per debito pecuniario) e *assumpsit* (azione per risarcimento di danni cagionati da chi, avendo « assunto » su sè il compimento di un atto, mal adempie o non adempie). Nel medioevo, pei *covenants*, atti scritti

prevalente, che questo definisce in funzione precipua della interna determinazione volitiva del soggetto. Per Holmes la promessa (*promise*), che è l'elemento essenziale principale del contratto, è « semplicemente l'assicurazione accettata che un certo evento o stato di cose si verificherà » (94). Il possibile oggetto d'essa non è restringibile, per lui, alla condotta del promittente: si estende al verificarsi di fatti di terzi e di fatti naturali, futuri ed anche passati purchè ignoti alle parti (95). Il promittente, nel concludere il contratto, non fa che assumere un rischio: il diritto lo costringerà a pagare i danni, se l'evento non si verifica. Al concetto holmesiano di contratto come « assunzione di rischio » si contrappone quello di contratto come « soggezione qualificata di un volere ad un altro » (96). Quest'ultimo — egli ammette — potrebbe forse accettarsi in *Equity*, ove il debitore è astringibile all'adempimento in forma specifica: non in *Common Law*, la quale conosce soltanto la sanzione del risarcimento (97). Quanto alla nullità dei contratti (*void con-*

sigillati, non si richiedeva *consideration*: ma la prova in *debt*, non esistendo l'atto formale, poteva farsi solo per testimoni che avessero assistito alla costituzione del debito. Ma testimoni si usavano solo per negozi aventi ad oggetto la trasmissione di beni: onde scaturì lentamente il principio di diritto sostanziale che per esserci debito pecuniario doveva esserci stato un « beneficio » conferito dal creditore al debitore, in « considerazione » del quale il debito era sorto. Più tardi, nell'azione di *assumpsit*, il concetto di *consideration* fu ampliato, ritenendosi sufficiente giustificazione dell'obbligazione assunta dal debitore un « detrimento » (*detriment*) sofferto dal creditore: onde furono introdotti in diritto inglese i contratti bilaterali ove la promessa dello stipulante (« detrimento » per lui) funge da *consideration* rispetto alla promessa del promittente, e viceversa.

(94) *The Comm. Law*, pag. 299. Accanto alla promessa, elemento essenziale dei contratti semplici (*simple contracts*: Holmes non si interessa che di questi, trascurando i casi particolari dei contratti reali e di quelli formali) è la *consideration*. Ma riguardo ad essa Holmes non aggiunge in linea teorica nulla « quanto ha già determinato raccontando la storia del suo sviluppo. Egli considera poi implicito elemento essenziale l'effettiva presenza nel contratto di due parti.

(95) *The Comm. Law*, pag. 299.

(96) *The Comm. Law*, pag. 300.

(97) *The Comm. Law*, pag. 300-301.

tracts)⁽⁹⁸⁾, Holmes afferma che tutti i casi che si conoscono si spiegano con la mancanza di uno o più degli elementi primari; o manca la controparte, o le due parti non consentono in quanto dicono l'una all'altra cose diverse, o i termini del contenuto del contratto, apparentemente coerenti, sono in realtà affatto repugnanti⁽⁹⁹⁾. Errore, falsa rappresentazione e dolo, mal si adducono a spiegare i casi di nullità⁽¹⁰⁰⁾: questa presuppone necessariamente, ma d'altra parte richiede soltanto, quella mancanza. A differenza del contratto nullo, quello annullabile (*voidable*)⁽¹⁰¹⁾ esiste, ma può esser risolto (*unmade*) a volontà di parte, quando non è stata rispettata una « condizione del contratto » (*condition*), espressa o implicita, riservata a favore della parte⁽¹⁰²⁾. Il dolo (*fraud*), in quanto violante una « condizione implicita », è, per esempio, motivo d'annullamento: ma l'intenzione del raggiro non è necessaria: basta la falsa rappresentazione inescusabile circa fatti essenziali⁽¹⁰³⁾. Nel complesso, la disciplina della nullità e dell'annullamento è concepita da Holmes in modo che, si può dire, minimo rilievo vien conferito allo stato mentale interno dei soggetti, solo contando l'e-

(98) *The Comm. Law*, pag. 308-315.

(99) Esempi a pag. 308, 309, 310, 313. Come si vede Holmes concepisce la promessa non tanto come un accordo di volontà, quanto come un accordo di dichiarazioni esterne. Ma questo punto resta qui un po' coperto. L'esplicita definizione del concetto si avrà in *The Path of the Law*: « Secondo me nessuno intenderà la teoria del contratto... finchè non si sia reso conto che... la conclusione del contratto non dipende dall'accordo di due volontà, ma di due complessi di segni esterni — non dal fatto che le parti hanno inteso la stessa cosa, ma che l'hanno detta » (*C. L. P.*, pag. 178). Pound ci ricorda che sulla fine del secolo l'indirizzo storico in America si adoperava a applicare con rigore la teoria savigniana della « volontà cui il diritto dà effetto, realizzando la libertà del dichiarante col renderne la volizione operativa nel mondo esterno » (*The Theory of Jud. Dec.*, cit., pag. 821). Anche qui scorgiamo il differenziarsi di Holmes da quelli che dovrebbero essere in linea astratta i giuristi a lui più vicini.

(100) *The Comm. Law*, pag. 315.

(101) *The Comm. Law*, pag. 315-339.

(102) *The Comm. Law*, pag. 315-322, con le varie distinzioni tra « condizioni ».

(103) *The Comm. Law*, pag. 323-329.

strinsecazione, la condotta esterna, valutata, anche qui, coi criteri dell'uomo medio. Il valore del pubblico affidamento, noi diremmo, prevale per Holmes su quello della volontà.

Meno interessante è la teoria delle successioni, che procede essenzialmente al rilievo del dato storico, seppur sulla base dell'originale concezione holmesiana del diritto soggettivo come aspetto inerente a situazioni o rapporti « di fatto » (possesso e contratto) ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ *The Comm. Law*, Cap. X e XI. La concezione di Holmes è essenzialmente questa. Un diritto non è che la « conseguenza dell'adempimento (*filling*) di una certa situazione di fatto » (pag. 340). Il problema del trasferimento non si pone rispetto al possesso: chi si sostituisce ad altri nell'esercizio di un potere sulla cosa ed ha l'*animus* corrispettivo « di escluderne i terzi », ha le azioni di tutela ed è il nuovo titolare dei diritti inerenti alla situazione possessoria. Ma per i « diritti non possessori » non è possibile che il soggetto riproduca nei propri confronti i fatti che ne sono la fonte. Come posson trasferirsi crediti e debiti contrattuali? Il contratto è uno specifico fatto del passato intervenuto tra specifici soggetti: come è possibile la continuazione delle sue specifiche conseguenze nei confronti d'un soggetto che al fatto è estraneo? Holmes per rispondere si rivolge alla storia. Questa mostra che fin dagli inizi, per le successioni per causa di morte il diritto ha inventato una « finzione »: ha supposto l'identità completa del successore col defunto. Ma il principio di identità, che rendeva possibile il trasferimento di diritti non possessori in caso di morte, fu poi esteso ai rapporti tra vivi. La supposta identità tra compratore e venditore aiutò per esempio a forgiare la regola onde il primo può unire, per la usucapione, al proprio il possesso del secondo, e la regola onde a garanzia per l'evizione può chiamarsi il dante causa del proprio dante causa. Nel sistema di Common Law il principio dell'identità e le regole discendenti non sono però l'unica disciplina delle successioni. Le servitù (*easements*) e certe rendite (*rents*), non suscettibili di possesso, si trasferiscono secondo regole diverse: secondo regole discendenti da un'altra finzione: la finzione che « i diritti appartengono al fondo ». Col semplice trovarsi in certa relazione col fondo si succede nella titolarità d'essi. Si può rinvenire un criterio generale onde certi diritti non possessori si trasferiscono giusta la prima finzione e certi giusta la seconda? Per Holmes no. Per questo punto i precedenti autoritativi vanno consultati come un fatto arbitrario: qui un inquadramento razionale non può utilmente forgiarsi. Notiamo che in questa teoria delle successioni le « finzioni » son tenute ferme e sfruttate. Il giurista — il giurista che teneva gli occhi fissi agli ultimi suoi intenti e valori filosofico-politici — aveva invece sgombrato il terreno da altre finzioni — quelle della *culpa in vigilando* e *in eligendo* e della identità tra *principal* e *agent* — quando queste non permettevano il pieno spiegarsi di quei suoi ultimi intenti e valori.

Una osservazione si impone al termine di questa rapida rivista dell'opera di Holmes. Essa è — come s'è detto — una teoria del diritto vigente, un lavoro

da giurista. Ma contiene anche, per via del metodo che segue, indagini storiche abbastanza ampie per poter venir considerate e giudicate a sè. Si tratta delle analisi sopra accennate delle forme primitive di responsabilità, dell'origine dell'istituto del *bailment* e delle sue appendici, degli sviluppi storici della *consideration* e dei principi delle successioni. Per apprezzare nella sua giusta portata Holmes storico, bisogna por mente al fatto che, al tempo in cui egli scriveva, la storia della Common Law era, si può dire, ai suoi inizi. Poca se n'era fatta nel periodo del giusnaturalismo. Gli utilitaristi, con la mentalità antistorica che li distingueva, non avevano interesse a conoscere il passato del diritto e così non portarono contributi in questo campo. Solo con l'epoca vittoriana e lo storicismo evolutivistico che in essa si affermò cominciò la storiografia della Common Law in senso moderno. Holmes è tra i primissimi di quella schiera di studiosi che seppe produrre opere storiche come la *History of the English Law before the time of Edward I* di Pollock e Maitland (1895) e, venendo al secolo ventesimo, la monumentale *A History of English Law* di Holdsworth. Il suo apporto ha più che altro la natura dell'ipotesi suggestiva, della prima approssimazione: ma per comprendere che non si tratta di improvvisazione dilettantesca, sibbene di vero e serio contributi storiografico, si veda per esempio POLLOCK e MAITLAND, *History of English Law*, Cambridge, 1898, II vol., pag. 205, 215, 336, 532; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 3^a ed., Londra, II vol., pag. 47, III vol., pag. 379 ss., 416, 419 ss., ecc. Per un apprezzamento generale di Holmes storico vedi HOLDSWORTH, *The Historians of Anglo-American Law*, Londra, 1928.

IV.

SOMMARIO: IV. - Magistrato alla Corte Suprema del Massachusetts. Svolgimento del pensiero di Holmes in questo periodo. Lo sviluppo economico-sociale dell'America alla fine dell'Ottocento e l'opera delle Corti. La critica holmesiana allo storicismo conservatore e l'esplicita enunciazione di un metodo di valutazione degli interessi sociali (sociologico) per la giurisprudenza. *The Path of the Law* e *Law in Science - Science in Law*: loro tesi particolari.

La pubblicazione di *The Common Law* procurò immediatamente a Holmes una cattedra a Harvard. Ma ad essa egli rinunciò, l'anno seguente (1882) per il posto di giudice alla Corte Suprema del Massachusetts ⁽¹⁰⁵⁾. I vent'anni che Holmes passò ivi furono la prima sua esperienza di plasmatore del diritto nel processo. Ma furono anche anni di altre esperienze e di meditazioni sugli avvenimenti del mondo sociale circostante che veniva rapidamente mutando.

Il pensiero di Holmes si concentra ⁽¹⁰⁶⁾ in questo periodo sul problema della interpretazione e dello sviluppo del diritto nel processo giudiziale e assume toni e perviene a determinazioni che *The Common Law* non conosceva. Nel giudizio di Roscoe Pound, Holmes effettua qui il passaggio alla « giurisprudenza sociologica », e delinea i principî essenziali di un nuovo metodo di interpretazione che sarà quello — in linea di massima

⁽¹⁰⁵⁾ La scelta può utilmente illuminare sulla grande stima che ha sempre circondato e circonda negli Stati Uniti l'ufficio del magistrato.

⁽¹⁰⁶⁾ Sono peraltro di questi anni i saggi storici *Early English Equity*, in « *Law Quart. R.* », vol. I, 1885, pag. 162 (*C. L. P.*, pag. 1-24); *Executors*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. IX, 1895, pag. 42 (*C. L. P.*, pag. 142-152). La critica già fatta in *The Common Law* alla finzione dell'identità tra *principal* e *agent* è ripresa e ampliata in *Agency*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. IV e V, 1891 (*C. L. P.*, pag. 49-116). Relativo all'istituto del « privilegio » è il saggio *Privilege, Malice and Intent*, in « *Harvard Law Rev.* », vol. VIII, 1894, pag. 1 (*C. L. P.*, pag. 117-137): sul quale ultimo vedi *infra* nota 119.

— accolto dal nuovo pensiero giuridico americano del secolo ventesimo ⁽¹⁰⁷⁾. Il passaggio, per quanto a noi sembra — e come ora vedremo — va inteso come l'aperta affermazione di punti che la logica del pensiero espresso in *The Common Law* già presentava impliciti e che ora la pressione degli avvenimenti porta Holmes a specificare, e come la decisa presa di posizione critica nei confronti d'ogni metodo giurisprudenziale che sia in contrasto con le esigenze che quegli avvenimenti gli fanno avvertire — presa di posizione per la quale in quel libro non aveva, in certo senso, avuto occasione.

In *The Common Law* — conviene richiamare il punto alla memoria — Holmes aveva esposto una teoria della decisione giudiziale e dei fattori di svolgimento del diritto basata sul riconoscimento del carattere d'«esperienza» e, in ultima analisi, «politico», della interpretazione del diritto nel processo. Holmes s'era poi colà essenzialmente preoccupato, nella costruzione della teoria generale, che era il suo scopo, di respingere gli esempi e i metodi del formalismo analitico e di determinare il suo sistema in un quadro evolucionistico.

Ma, in questi anni, eventi si verificano che attraggono su altri punti la sua attenzione.

L'industria rapidamente progrediva in America. Le città si popolavano di un prima inesistente proletariato operaio. Erano cominciate le prime lotte tra forze del capitale e forze del lavoro. Quest'ultime avevan principiato a raccogliersi e organizzarsi in sindacati e a promuovere i primi scioperi. In più stati le forze democratiche avevan la maggioranza e cercavano di apportare quei temperamenti all'organizzazione capitalistica dell'economia che le loro vedute, pur sostanzialmente non radicali, suggerivano ⁽¹⁰⁸⁾. Una nuova materia politica e sociale veniva

⁽¹⁰⁷⁾ Si veda POUND, *Interpretations of Legal History*, cit., pag. 10. Vedi anche la già citata lettera di Pound a Reuschlein in REUSCHLEIN, *op. cit.*, pag. 96.

⁽¹⁰⁸⁾ Qualsiasi buon testo di storia americana può fornire illustrazione delle tendenze economico-politiche di questo periodo: ma per i riflessi di esse sulla

sottoponendosi al giudizio delle Corti, sia come problemi di costituzionalità di nuove leggi, sia come questioni da risolvere in base alla Common Law, dei cui principî le Corti erano depositarie. Le Corti assunsero quasi subito, in pratica, un atteggiamento strettamente conservatore ⁽¹⁰⁹⁾.

Ora Holmes non giudicava politico il tentativo di bloccare nei Tribunali, col mezzo giuridico, l'avanzarsi delle nuove forze sociali. Dell'esempio più vistoso di questo tentativo e dei precisi motivi di questo suo giudizio, diremo tra breve esaminando l'opera sua alla Corte Suprema degli S.U. Qui, per il punto che dobbiamo svolgere, basti dire che Holmes scorgeva come spesso le soluzioni conservatrici offerte dalle Corti erano il frutto di un radicale difetto di coscienza del carattere legislativo intrinseco alla loro opera ⁽¹¹⁰⁾: quel carattere che egli aveva denunciato in *The Common Law* e di cui di giorno in giorno si veniva più fermamente persuadendo. Ma egli scorgeva altresì che le decisioni avverse alle nuove forze sociali spesso si dovevano a visioni filosofico-giuridiche e a metodi di decisione che i giudici abbracciavano e seguivano: metodi rigidamente formalistici o facenti appello al passato, all'analogia e alla continuità storica: coi quali si affrontava l'interpretazione del dato e si perveniva a risultati non politicamente opportuni, coprendo e mascherando al tempo stesso il sostanziale carattere politico del giudizio.

In *The Common Law* egli aveva combattuto il formalismo: e per questa parte non aveva che da continuare la battaglia. Ma egli ora si oppone nettamente anche a quella « giurisprudenza storica » che attaccandosi alla continuità col passato frustra le esigenze del presente ⁽¹¹¹⁾. A tali effetti sostanzialmente recava

cultura si veda per esempio M. G. WHITE, *op. cit.*, Cap. III e PARRINGTON, *op. cit.*, vol. III, passim.

⁽¹⁰⁹⁾ Si vedano per esempio i giudizi di Holmes: *C. L. P.*, 184, 295. Si veda poi: POUND, *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Reports of the American Bar Association, vol. 29, Pt. I, pag. 395).

⁽¹¹⁰⁾ Si veda *C. L. P.*, pag. 184.

⁽¹¹¹⁾ In questi anni Holmes forgia la frase, che ripeterà poi spesso in

l'indirizzo americano di quel nome — sia con l'invitare a ricercare nello schema d'un passato anche lontano la soluzione dei casi presenti ⁽¹¹²⁾, sia col concepire lo sviluppo giuridico teso a fini individualistici ⁽¹¹³⁾. Holmes afferma ora che l'impiego dello strumento della storia da parte del giurista, nonchè aver lo scopo di provvederlo del concetto o del dogma per l'integrazione del dato, ne ha uno « principalmente negativo »: di liberarlo di dottrine svianti, incrostate per tradizione sulle regole e contrarie nei loro effetti, magari, alla convenienza politica.

Holmes pone ora con nettezza, esplicitamente, il vero metodo che deve sovvenire nei ragionamenti giuridici diretti alla soluzione di questioni e di casi, cioè nell'interpretazione del diritto ordinata alla sua applicazione: il metodo del ponderare coscientemente gli interessi sociali in gioco.

Quest'ultima affermazione non c'era esplicita in *The Common Law*: ed è l'aspetto, la determinazione nuova nel pensiero di Holmes: il suo passaggio ad un metodo « sociologico ».

Ma giova rilevare, peraltro, che già in *The Common Law* Holmes di fatto — per il compito che lì s'era assunto — interpretava in funzione di valori sociali; e l'impiego della storia — sempre in relazione a quel compito — era anche lì, di fatto, e anche per affermazione di Holmes, molte volte « liberante » ⁽¹¹⁴⁾. In verità, la sua primitiva « giurisprudenza storica » — distinta,

saggi e lettere: « la continuità col passato è una necessità, non un dovere » (*C. L. P.*, pag. 139, 211); volendo con essa tra l'altro significare la necessità per il giudice del rispetto del dato normativo, e al tempo stesso, peraltro, il dovere di interpretare con lo sguardo rivolto al presente, ai concreti bisogni sociali.

⁽¹¹²⁾ Si vedano le tesi di un seguace dell'indirizzo, AMES, *Lectures of Legal History*, pag. 172, 191 segg. (citato da POUND, *Interpretation of Legal History*, cit., pag. 120. Pound ricorda: « Era il vanto del romanista che i concetti giuridici rinvenibili negli scritti dei giuristi romani del terzo secolo bastavano per la soluzione di tutti i problemi giuridici odierni. Era la fede del giurista angloamericano di scuola storica che concetti giuridici universalmente validi fossero derivabili dagli Year Books, coi quali tutte le questioni sorgenti dal diritto attuale potessero venir tranquillamente risolte », *ibid.*, pag. 119).

⁽¹¹³⁾ Vedi *supra*, pag. 27.

⁽¹¹⁴⁾ Rivedi specialmente nota 59.

e per idea centrale informante e per uso non conservatore dello strumento storico, dall'indirizzo americano di quel nome dominante in quei decenni — già sfumava nella posizione che abbbiam ora accennata. La differenza — per quanto pare — sta nella esplicita enunciazione di un metodo, il quale peraltro era in certo senso contenuto nella logica della teoria della decisione giudiziale già formulata nel maggior libro.

Tale il significato principale dei varii saggi in cui Holmes presenta in questi anni il succo delle sue meditazioni, e specialmente di due che abbbiam già citati e che compaiono proprio sul finire del secolo: *The Path of the Law* e *Law in Science - Science in Law* (^{114-bis}).

Converrà fissare qualche più preciso particolare di questi ultimi.

Il primo si divide internamente in tre parti. Nella prima Holmes inculca l'importanza del ben distinguere il diritto dalla morale. Egli annota la necessità di non introdurre nel diritto e in ispecie nel diritto dei contratti e nel campo dell'illecito civile, attraverso definizioni e parole comuni così al valutare giuridico come al morale (quali *intent*, *malice*, *negligence*, ecc.) lo stile concretizzante di quest'ultimo. Qui ritroviamo concentrate in poche righe le dottrine che in *The Common Law* eran state ampiamente sviluppate e difese (¹¹⁵).

(^{114-bis}) I due saggi famosi comparvero rispettivamente in « *Harvard Law Rev.* », vol. X, 1897, pag. 457 e in « *Harvard Law Rev.* », vol. XII, 1899, pag. 443. Si leggono ora in *C. L. P.*, pag. 167-202 e pag. 210-243.

(¹¹⁵) Holmes introduce qui questo monito alla distinzione tra diritto e morale con alcune osservazioni che hanno fornito lo spunto esterno, trent'anni più tardi, agli autori del realismo americano per sviluppare ampiamente la tesi che è ormai giunto il tempo, per chi si interessa alla realtà sociale e giuridica, di dar avvio a un distinto e sistematico studio, condotto con tutti gli strumenti della sociologia e psicologia necessari, per l'accertamento di tutti quei processi mentali coi quali i giudici effettivamente decidono le controversie, onde meglio poter prevedere le soluzioni che è probabile essi daranno *di fatto* ai vari problemi e casi loro sottoposti. Ma queste osservazioni holmesiane a nostro avviso non son qui dirette a porre l'esigenza di un tale distinto studio e piuttosto hanno un ben diverso riferimento e una diversa funzione. Convieni fermarsi un mo-

Nella seconda parte Holmes richiama con forza l'attenzione

mento su questo punto: sia per la fama cui sono assurte talune definizioni contenute in questo discorso, sia per cercar di dissipare qualche fraintendimento che ne è sorto circa il pensiero di Holmes relativo all'interpretazione e alla scienza del diritto.

Holmes — occorre notare — preparò *The Path of the Law* per leggerlo a studenti che sarebbero diventati in futuro avvocati (vedi *C. L. P.*, pag. 167 nota). Così, egli comincia ricordando loro — e prosegue poi con frasi ricche di termini metaforici vivaci, ma di poco aiuto alla chiarezza — che chi studia diritto « non studia un mistero, ma una ben nota professione », al fine di « saper quanto occorre per comparire in tribunale o per consigliare alla gente il modo di tenersene fuori ». Lo scopo dello studio — egli afferma — può dunque definirsi la « predizione »: « la predizione dell'incidenza della forza pubblica tramite lo strumento dei tribunali ». I mezzi dello studio sono le raccolte di giurisprudenza, i trattati, gli statuti: « fogli sibillini in cui son contenute le sparse profezie del passato relative ai casi nei quali l'ascia (della giustizia) colpirà » (cioè le indicazioni del probabile comportamento presente dei giudici rispetto alle varie controversie da decidere). « Il più importante e quasi l'intero significato di ogni nuovo sforzo del pensiero giuridico — Holmes continua — sta nel render le profezie più precise e nel generalizzarle in un sistema connesso... Il numero delle predizioni quando siano generalizzate e ridotte a sistema non è incontrollabilmente grande. Esse si presentano come un corpo finito di dogmi che può venir imparato in un tempo ragionevole ». È su questa premessa dello scopo « profetico » dello studio del diritto, che Holmes invita a tener ben distinto il diritto dalla morale: « La prima cosa per un'intelligenza della materia a fini professionali (*business-like understanding of the matter*) è... di eliminare la confusione tra moralità e diritto ». La confusione secondo lui si manifesta fin nelle stesse definizioni giuridiche fondamentali comunemente circolanti. Il diritto oggettivo è per alcuni un « sistema di ragione » o una « deduzione da primi principi di etica ». Ma se si guarda con l'occhio del *bad man* (l'uomo cattivo: il cliente dell'avvocato) il quale si cura solo di sfuggire alla sanzione, si definirà il diritto — Holmes dice — come « le profezie di ciò che le Corti faranno in fatto ». Parimenti un dovere giuridico apparirà come la semplice « profezia che se si faranno certe cose, si sarà assoggettati a certe spiacevoli conseguenze, come la prigione o il pagamento coatto di una somma di danaro ». Di seguito Holmes passa quindi ad ammonire particolareggiatamente contro le « confusioni » che si introducono nel campo del diritto dei contratti e dell'illecito civile: e qui egli ribadisce le tesi che gli abbiám visto sostenere in *The Common Law*: che il diritto ormai valuta la responsabilità per criteri affatto oggettivi e desunti dall'esperienza dell'uomo medio e che non bisogna lasciarsi tradire dal suono di certe parole, come per es. *malice*, e che bisogna sistematicamente interpretare le varie figure di illecito alla luce di un tale generale principio; che il contratto non si deve definire un « accordo di due menti » ma di due « complessi di segni esterni »: con la qual nozione si debbono affrontare tutti i problemi che sorgono nel campo contrattuale. Il diritto perciò, per riassumere, è ben distinto dalla morale, la quale invece — Holmes dice — dà rilievo « all'effettivo stato interno della mente dell'individuo, a ciò che egli effettivamente intende » (*C. L. P.*, pag. 167-179).

su quello che dice l'« inganno della forma logica ». Esso è costi-

Secondo noi Holmes con questo discorso mirava principalmente a colpire, in modo coperto e indiretto, la definizione giusnaturalistica del diritto come « sistema di ragione » e a ribadire le sue peculiari tesi generali in materia di illecito e di contratto, contrarie alle teorie « moralizzanti » che dan grande peso alla intenzione e alla volontà. Le osservazioni in sè e per sè piuttosto banali sull'intento di previsione con cui il *bad man* e l'avvocato guardano al diritto, son da lui premesse, essenzialmente, per mediare e fondare la successiva netta esclusione della « moralità » dalla sfera dei ragionamenti giuridici. C'è, a guardar bene, un chiaro *non sequitur* logico tra quelle osservazioni e la esclusione che esse dovrebbero fondare: poichè in un senso e per motivi ben diversi la « moralità » va esclusa dall'orizzonte mentale dell'avvocato — in quanto costui si studi solo di « prevedere » — e andrebbe esclusa — se si segue l'insegnamento di Holmes — da quello del giurista e del giudice — che ragionano non per prevedere ma per risolvere e decidere. Ma Holmes, secondo noi, approfitta qui della facile confusione che si può creare tra i due piani, tra i due orizzonti di discorso, per rinforzare — con un argomento di per sè non afferente ma che poteva nella stringatezza del discorso parerlo e che le circostanze stesse offrivano di scaltramente sfruttare — il suo rifiuto di certe definizioni e di certe tesi che, accolte, porterebbero giuristi e giudici a ragionare muovendo da premesse di astratto razionalismo e giusnaturalismo e a servirsi di criteri e concetti che dan rilievo alla effettiva intenzione e volontà dell'individuo: cose da cui egli aborre.

Il non aver avvertito la peculiare strumentale funzione che qui paiono principalmente aver le osservazioni sulla « previsione » nello studio del diritto e il significato particolarissimo in cui Holmes vuole qui esclusa la « moralità » dal diritto (la non percezione di quest'ultimo significato dipende forse dal non aver fatto i raffronti delle tesi qui sostenute in materia di contratto e illecito con tutto il lavoro dogmatico di *The Common Law*) ha condotto taluni ad attribuire ad Holmes tesi che — secondo ogni verosimiglianza — egli non pensava certo di sostenere.

Taluno per esempio ritiene — sulla base di queste brevi osservazioni holmesiane — che egli assegni alla « scienza del diritto » lo stretto compito del « prevedere » ciò che faranno gli organi giudiziari; e che la conoscenza che ne risulti sia l'unica vera « scienza » possibile del diritto (una tale opinione sembra attribuirgli per esempio KELSEN, in *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, ed. Comunità, pag. 165, 169, 171). Ma ciò non ha rispondenza nel pensiero di Holmes. Egli intanto qui non parla di « scienza del diritto ». Quando — come tosto vedremo — parlerà di « scienza » in relazione al diritto, porrà che c'è una « scientificità » così nella « storia » come nel distinto « studio, pratico » del diritto: e in quest'ultimo la scientificità viene dal ragionare sulla base di « desideri sociali bene misurati », la cui valutazione ci indirizza nell'estendere o restringere la sfera di applicazione delle regole date.

Taluno — prendendo il discorso di Holmes nel suo complesso — ritiene che egli, con l'istituire una netta separazione tra moralità e diritto, abbia voluto escludere dalla scienza giuridica ogni atteggiamento valutativo e ogni giudizio deontologico dell'interprete (questa sembra essere la tesi che gli attribuisce e per

tuito dall'erronea persuasione, frequentissima negli uomini di

la quale lo rimprovera FULLER, *op. cit.*, cap. II, *passim*). Ma è questione di intendersi. Holmes certamente combatte il giurista che muove dalle astratte premesse dei diritti soggettivi di natura ed anche quello che cerca di introdurre una certa «moralità» nel diritto col definire in funzione di intenzione e volontà dell'individuo talune fondamentali teorie e concetti giuridici. Ma in nessun modo egli intende escludere dall'interpretazione che conduce al giudizio giuridico del materiale sociale, alla soluzione di problemi e controversie concrete, l'atteggiamento valutativo. Anzi, il contrario è l'essenza e il significato vero delle tesi di Holmes relative alla interpretazione ordinata alla decisione giudiziale. Basta la lettura del seguito di *The Path of the Law* per convincersene. L'atteggiamento valutativo non deve e non può ovviamente entrare in una ricerca che sia diretta a prevedere le probabili sentenze delle Corti rispetto a casi concreti, pena la deviazione dall'intento che si persegue: in questo anche un giusnaturalista come Fuller potrà tranquillamente concordare. Ma per ciò che riguarda il ragionamento, non volto a «prevedere», ma a definire il diritto per risolvere e decidere problemi e casi, Holmes non cade certo sotto una censura di ignoranza ed esclusione dell'elemento valutativo: vuole soltanto escludere, in linea di principio, che si parta da una premessa di astratti diritti naturali dell'individuo, e che, in linea subordinata e particolare, si faccia impiego di certuni concetti giuridici valorizzanti l'individuo e la volontà.

C'è però un punto da notare. In questo passo Holmes sembra affermare che lo «sforzo» del «pensiero giuridico» che fa le «generalizzazioni» e le costruzioni dogmatiche, mira essenzialmente al conseguimento, in queste, di più precisi strumenti di «previsione» dell'attività giudiziale. Dal punto di vista storico la tesi sarebbe falsa e insostenibile; poichè certo il lavoro dogmatico dei giuristi, dai romani del terzo secolo ai nostri giorni, è stato diretto a forgiare strumenti, non per la migliore «predizione» di «ciò che faranno i giudici», ma per la miglior impostazione e direzione del ragionamento giuridico. Del resto, neppure Holmes aveva di certo elaborato la sua sistematica, le sue teorie degli istituti della Common Law, in vista del più sicuro «prevedere» future sentenze. Tutta la concezione di Holmes della decisione giudiziale e dell'interpretazione ordinata ad essa, tutta la sua esperienza di storico che conosceva quanto gli sviluppi giudiziali del diritto dovessero all'influsso di costruzioni dogmatiche, richiedevano il franco riconoscimento del carattere *lato sensu* politico della genesi e della funzione essenziale dei concetti giuridici. Ma a un tale riconoscimento Holmes non si eleva espressamente. Qui egli par loro attribuire quella funzione tanto strana; in altri punti si ha la vaga impressione che egli pensi i dogmi estraibili col mero ausilio di una logica meccanica dal dato normativo (lui, che sapeva che la logica è una «forma» sotto cui opera sempre una «sostanza»!). Molte altre volte, in verità, e specie nelle pagine di *Law in Science - Science in Law* l'impressione è diversa e il riconoscimento si crede di poterlo leggere con certezza. Ci si può chiedere, del resto, come egli potrebbe conciliare la mancanza di un tal riconoscimento con le affermazioni che fa — e che ora vedremo — circa lo «studio pratico» del diritto.

La verità è che Holmes non ha sondato a fondo nella sua intelligenza e com-

legge, che « l'unica forza all'opera negli sviluppi del diritto sia la logica » ⁽¹¹⁶⁾, e che da norme date si possa svolgere tutto intero un sistema come se si trattasse di una operazione di matematica. « Si può dare a qualsiasi conchiusione — dice Holmes — una forma logica ». Ma sotto questa forma « sta un giudizio quanto alla relativa importanza e valore di motivi legislativi » che è « la vera radice e il nerbo di tutto il ragionamento » ⁽¹¹⁷⁾. Sono le tesi, ancora, di *The Common Law*. Holmes stavolta fa un cenno alla genesi psicologica di questo « inganno ». Il giurista è educato fin dall'inizio a deduzioni, distinzioni, procedimenti per analogia: la sua è una scuola di logica. Ma soprattutto egli vuole certezza e desidera d'esser sollevato da responsabilità: e perciò si finge che il suo lavoro sia governato tutto e soltanto da leggi logiche. « Ma — avverte Holmes — la certezza è illusione e la tranquillità non è il destino dell'uomo » ⁽¹¹⁸⁾. Molte questioni si posson decidere solo con un giudizio sulla politica da seguire: e ci sono esempi concreti di questa necessità ⁽¹¹⁹⁾. Quale è l'ef-

pietà il problema delle distinte ricerche e indagini relative al fenomeno giuridico e della loro natura e dei loro metodi e risultati. Le osservazioni che egli compie hanno carattere non sistematico. Incertezze e forse contraddizioni affiorano se si analizzano con minuzia tutte le affermazioni. Egli resta alle soglie di una approfondita meditazione filosofica del tema. Ciò che possiamo rilevare con relativa sicurezza — ed è ciò che a noi soprattutto interessa — è però il complessivo metodo che egli propugna per l'interpretazione del diritto in funzione giudiziale. Qui egli si fa paladino di una giurisprudenza nuova, che abbandona così il metodo rigidamente formalistico come quello del ricorso a una storia conservatrice e legante al passato. Ciò mettono ampiamente in luce le pagine successive di *The Path of the Law* e quelle di *Law in Science - Science in Law*.

⁽¹¹⁶⁾ C. L. P., pag. 180.

⁽¹¹⁷⁾ C. L. P., pag. 171.

⁽¹¹⁸⁾ C. L. P., pag. 181.

⁽¹¹⁹⁾ C. L. P., pag. 182. Gli esempi principali cui Holmes fa qui riferimento sono le questioni dell'esistenza di « privilegi » nel campo della responsabilità civile. Holmes aveva dedicato all'argomento l'articolo citato a nota 106. Là egli aveva osservato che il diritto in varii casi esenta da responsabilità atti di cui è evidente la « tendenza a danneggiare altrui ». Ma stabilire quando e fino a qual punto vi sia un « privilegio » non si può per « semplice deduzione da vuote proposizioni generali come *sic utere tuo ut alienum non laedas* »: occorre ponderare attentamente i fini sociali cui il diritto serve e il loro valore comparato.

fetto del chiudere gli occhi a un tal dovere? Soltanto il lasciar « inarticolato e inconscio », cioè non meditato, il giudizio di scelta politica che pur si compie ⁽¹²⁰⁾.

Come terzo punto Holmes ricorda che v'è un ideale verso cui il diritto tende: ed è che il sistema giuridico sia tutto composto di regole riconducibili articolatamente a fini, le cui ragioni di desiderabilità siano apertamente dichiarate ⁽¹²¹⁾. Giudicato sulla misura di questo ideale il diritto, nel suo stato presente, non può certo dirsi perfetto. Ciò dipende dal fatto che il sistema s'è sviluppato, per opera dei giudici, lentamente nei secoli, e, a dire il vero, in modo inconscio e non meditato ⁽¹²²⁾. Dipendono da ciò la dubbia efficacia del presente diritto criminale ⁽¹²³⁾ e le incongruenze che pur si riscontrano nel diritto dei contratti ⁽¹²⁴⁾ e la resistenza che offre il sistema di norme sull'illecito civile ai tentativi di generalizzazione teorica ⁽¹²⁵⁾. Oggi il giurista, per dominare la materia su cui lavora, per conoscere il significato delle regole, deve ancora sapere parecchio di storia: mentre sarebbe auspicabile che a lui bastassero, per l'interpretazione, « economia e statistica » ⁽¹²⁶⁾. Ma ecco Holmes affermare quella che è

Il « privilegio » di rovinare in affari un concorrente vien riconosciuto in base alla convinzione della preminente utilità sociale della libera concorrenza; il « privilegio » di comunicare in certi casi notizie lesive l'altrui reputazione si fonda sull'interesse prevalente del libero accesso all'informazione nel commercio. Holmes fa notare che il giudizio in materia di privilegi implica spiccatamente valutazioni politiche generali; e che tali valutazioni variano presso i giudici secondo il loro ambiente e l'epoca e i loro ideali legislativi (onde il diritto varia qui largamente secondo le condizioni storico-sociali) e che è bene che i giudici s'abituino a ragionare il loro giudizio con conscio riferimento agli interessi della società di cui sono organi e che attraverso loro « vuole ormai determinare consciamente — a differenza dei per lo più inconsci processi di sviluppo del passato — i suoi destini » (C. L. P., pag. 116-137).

⁽¹²⁰⁾ C. L. P., pag. 134.

⁽¹²¹⁾ C. L. P., pag. 184-185.

⁽¹²²⁾ C. L. P., pag. 185-186.

⁽¹²³⁾ C. L. P., pag. 188-189.

⁽¹²⁴⁾ C. L. P., pag. 182.

⁽¹²⁵⁾ C. L. P., pag. 190.

⁽¹²⁶⁾ C. L. P., pag. 186-187, pag. 195,

per lui ora la « principale funzione » che la storia può svolgere in aiuto al giurista. Il pericolo che corriamo è questo: che non solo ci siano regole imposte dalla tradizione le quali contrastano con una « politica razionale »; ma che la tradizione calpesti la razionalità politica « dopo esser stata prima fraintesa, ed aver così conferito alla regola una portata nuova e più ampia di quella che aveva quando — egli dice — la regola aveva un significato » cioè era, per i suoi tempi, conveniente e razionale ⁽¹²⁷⁾. La storia del diritto è in sostanza, nell'impiego che ne fa il giurista, un fascio di luce gettato nel passato che impedisce l'espandersi non conforme a convenienze del dato normativo.

The Path of the Law indica già con chiarezza lo strumento che deve dirigere l'integrazione e lo sviluppo del dato: la « politica razionale ». Ma ancora più esplicito e chiaro riconoscimento esso ottiene nell'altro saggio *Law in Science-Science in Law*: ove Holmes pone la tesi che l'interpretazione del diritto in vista dell'applicazione solo ha carattere scientifico quando sia governata dalla conscia valutazione degli interessi sociali.

Il saggio nella sua prima parte chiarisce come il diritto possa esser oggetto di trattazione e considerazione scientifica innanzitutto in uno studio storico con finalità autonome. In tempi da poco tramontati si dava spiegazione di un fenomeno — Holmes ricorda — col ricondurlo in uno schema finale provvidenziale, cioè teologicamente; nella nostra epoca scientifica, « spiegare un fenomeno » vuol dire invece « tracciarne il processo di crescita e di sviluppo da un punto di partenza assunto come dato ». Riguardo al fenomeno giuridico, vuol dire farne la storia ⁽¹²⁸⁾. Questa ha diritto d'esser coltivata in sè e per sè, per

⁽¹²⁷⁾ *C. L. P.*, pag. 192-193. Alcuni casi di questo « calpestamento » conosciamo da *The Common Law*: la dottrina della *culpa in vigilando* e *in eligendo*, la identificazione di *principal* e *agent*, ecc. Già là Holmes aveva fatto cenno all'impiego della storia come mezzo per la revisione della giurisprudenza in senso razionale. Vedi ancora nota 59.

⁽¹²⁸⁾ *C. L. P.*, pag. 210-211.

amore del sapere contemplativo, al pari della filosofia e dell'arte. Essa indaga nel passato del diritto come in « un grande documento antropologico »: e vi scopre un esempio della generale « morfologia e trasformazione delle idee umane », e mette in luce le linee del lento e faticoso sviluppo e mostra le umili origini da cui siano venuti ⁽¹²⁹⁾.

Ma non c'è soltanto lo studio del diritto nel suo passato, lo studio dei « topi di biblioteca ». C'è un diritto presente, che si studia « da un punto di vista pratico » ⁽¹³⁰⁾ per risolvere questioni giuridiche e casi processuali: e la razionalità scientifica deve entrare anche in questo « studio pratico ». Ma in qual senso e come? « La vera scienza del diritto — Holmes spiega — non consiste in una elaborazione teologica o in uno sviluppo logico, come nelle matematiche, del dogma, o soltanto in uno studio di esso dal di fuori come documento antropologico: una parte più importante consiste nella determinazione dei suoi postulati dall'interno, sulla base di desideri sociali ben misurati, anzichè sulla base della tradizione » ⁽¹³¹⁾. Lo « studio pratico », la « parte più importante » del sapere giuridico (« poichè, dopotutto, il posto di un uomo completo... è nella battaglia »), deve informarsi alla ricognizione dei bisogni presenti della società, dei fini che essa ora persegue.

Holmes non predica al giurista, nonchè la inosservanza, la trascuranza del dato normativo. Egli non comprenderebbe il vendicarsi in arbitraria libertà dell'interprete. Ma Holmes crede che il dato non abbia efficacia onnideterminante: « sorgono spesso casi dubbi con certe analogie da una parte, certe dall'altra ». Nel caso dubbio la logica non basta (se bastasse non sarebbe — egli dice — dubbio): lì c'è « la prerogativa sovrana della scelta » che si deve esercitare tra « due desideri sociali ciascuno dei quali cerca d'estendere il suo dominio esclusivo sul caso » ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾ C. L. P., pag. 211-224.

⁽¹³⁰⁾ C. L. P., pag. 224.

⁽¹³¹⁾ C. L. P., pag. 225.

⁽¹³²⁾ C. L. P., pag. 239.

L'errore, in codesto « studio pratico », si ha quando non si percepisca l'esistenza di una tale prerogativa e la si eserciti inconsciamente, con strumenti sconvenienti. Un primo esempio di tale errore si ha nelle regole « giustificate » con « spiegazioni » successive che ne ampliano la portata in modo contrario — come è detto in *The Path* — alla « politica razionale ». A scoprire queste « spiegazioni gonfiate » — Holmes ribadisce — aiuta la storia: che nel liberarci da « rifiuti e immondizie » ha la sua essenziale funzione pratica ⁽¹³³⁾. Ma Holmes ora cita due altri esempi di cattivi strumenti del ragionamento giuridico: « formule irreali » ⁽¹³⁴⁾ e « generalizzazioni inadeguate » ⁽¹³⁵⁾: concetti il cui uso ci guida a precipitare rigidamente la soluzione delle questioni, evitandoci il disturbo di « pensar da vicino », di giudicare consciamente sui vari interessi in giuoco ⁽¹³⁶⁾, o ci aiuta a sfuggire all'obbligo di un diretto giudizio di politica, inevitabile nel punto ⁽¹³⁷⁾.

Riportato il dato nelle sue giuste dimensioni, presa coscienza dei margini di libertà che esso lascia, occorre integrarlo e svilupparlo. Sempre, in fondo, è la nostra « stima del valore rispettivo dei fini sociali » che « ci conduce a insistere su una regola e allargarne la sfera di applicazione o a consentire che essa gradualmente si atrofizzi ». Ma ciò avviene ora per lo più in modo

⁽¹³³⁾ *C. L. P.*, pag. 226: con ulteriori esempi, oltre quelli che già conosciamo, di « spiegazioni » da respingere (in materia di responsabilità dei vettori, di *trespass ab initio*, ecc.).

⁽¹³⁴⁾ *C. L. P.*, pag. 229-239. Egli ne indica casi tipici: la formula *volenti non fit iniuria* e la dottrina secondo cui « questioni di negligenza son questioni di fatto » (in relazione a quest'ultima Holmes qui ripete il ragionamento circa i rapporti giudice-giuria di cui a nota 83).

⁽¹³⁵⁾ Di queste Holmes reca ad esempio il principio *qui suo iure utitur neminem laedit*, che assolutizza senza sufficiente giustificazione una verità giuridica d'ampia portata, ma pur sempre particolare.

⁽¹³⁶⁾ Di pensare, dice Holmes, « quantitativamente »: è il caso dell'applicazione rigida di *volenti non fit iniuria* e di *qui suo iure utitur neminem laedit* (*C. L. P.*, pag. 230-232 e pag. 240-241).

⁽¹³⁷⁾ È il caso del giudizio sulla negligenza del comportamento in esame, quand'esso è rimesso per intero alle giurie (*C. L. P.*, pag. 232-239).

« inconscio e inarticolato ». Occorre invece che la « stima » si « articoli » con coerenza nella mente del giurista e domini poi, in modo completo, i suoi ragionamenti ⁽¹³⁸⁾.

(138) C. L. P., pag. 242,

V

SOMMARIO: V. - Magistrato alla Corte Suprema degli Stati Uniti. L'interpretazione holmesiana della Costituzione: I) Le garanzie costituzionali ai diritti patrimoniali privati. L'indirizzo giurisprudenziale della Corte, l'opposizione di Holmes e i suoi motivi ideali. Proprietà, autonomia contrattuale e poteri statali di regolamento in materia, secondo Holmes. II) Le garanzie dei diritti civili. L'interpretazione holmesiana e le sue fonti. Libertà di pensiero e stampa e libertà della persona. III) Stato federale e Stati-membri. L'ampliamento dei poteri del governo centrale e il valore delle autonomie locali.

La prima prova del nuovo metodo interpretativo e degli effetti che esso produceva nella soluzione di questioni brucianti, Holmes ebbe modo di darla in occasione di alcuni rilevanti casi sottoposti alla Corte Suprema del Massachusetts ⁽¹³⁹⁾. E appunto

⁽¹³⁹⁾ Citiamo due di particolare significato. *Commonwealth v. Perry* (1891). Qui era in questione la costituzionalità di una legge vietante agli imprenditori ritenute sul salario dovuto all'operaio per imperfezioni nei manufatti prodotti o insufficienze nel lavoro. La Corte statui la incostituzionalità, argomentando dalla clausola della Carta che garantisce il « diritto inalienabile di acquistare, possedere e proteggere la proprietà », il quale implicherebbe il « diritto di liberamente contrattare », qui violato dalla disposizione legislativa regolante in modo cogente il contenuto del contratto di lavoro. Holmes dissente. I motivi anticipano quelli che stanno alla base della *dissenting opinion* nel caso *Lochner*: vedi innanzi (155 Mass. 117, 123 a. 1891 *M. and F.*, pag. 92-95).

Vagelahn v. Guntner (1896). È una caso ove trova tipica applicazione la teoria di Holmes sul « privilegio ». Si trattava di giudicare sulla concedibilità in *Equity* di una *injunction* contro picchetti di operai che in corso di sciopero tentano di persuadere in modo organizzato ma pacifico, senza violenze o minacce, i compagni ad astenersi dal lavoro. La Corte concesse l'ingiunzione ritenendo l'illiceità di una azione organizzata ad infligger danno ad altri (l'imprenditore) poichè praticamente implicava minacce o comunque pressioni morali: azione non ammissibile in regime di libertà dei rapporti economici. Holmes dissente. Egli riconosce la « tendenza dannosa » dell'azione operaia; ma ritiene l'illiceità eliminata dall'esistenza di uno speciale « privilegio », da una causa di giustificazione. Non esistono nel caso in esame vere minacce e violenze (mezzi per sè illeciti); c'è nella recente storia un contrasto tra capitale e lavoro, ciascuno dei quali s'organizza per ottenere condizioni più vantaggiose a sè nell'assetto dei reciproci rapporti; codesto contrasto e il crescere e potenziarsi delle opposte forze è un momento di quella lotta per la vita di cui la società s'avvantaggia; le orga-

per alcune *dissenting opinions*, da Holmes stese in relazione a quei casi, Teodoro Roosevelt, che in quegli anni dalla Casa Bianca si apprestava a condurre una politica dinamica e non di stretta conservazione, su consiglio di Cabot Lodge, nel 1902, alla morte del giudice Gray, lo nominò alla massima magistratura giudiziaria del paese, la Suprema Corte degli Stati Uniti ⁽¹⁴⁰⁾. Holmes aveva allora già sessant'anni; ma nei trenta che passò di poi alla Corte egli compì quella parte della sua opera che più gli ha dato fama ⁽¹⁴¹⁾.

Holmes interpreta il sistema costituzionale americano con la mente aperta alla visione che il diritto è un aspetto della civiltà di un popolo, una funzione e uno strumento dei suoi bisogni e interessi e desideri. Ma poichè la valutazione di interessi si fa necessariamente trattando la materia sociale alla stregua di un qualche ultimo criterio di valore, anche in questa parte dell'opera holmesiana si vede limpidamente l'impronta del suo articolato mondo filosofico-etico.

Non abbiamo, per conoscere i lineamenti della sua interpretazione, uno scritto organico: occorre affidarsi all'analisi delle *opinions* da lui rese nell'adempimento del suo dovere di magistrato ^(141-bis). Possiamo distinguere — per una esposizione che metta in luce le peculiari caratteristiche del suo metodo e del suo pensiero — tre grandi parti nella visione holmesiana della costituzione statunitense.

nizzazioni del capitale sono forti: il diritto non può che riconoscere l'utilità sociale dell'organizzarsi del lavoro, e la giustificazione, nel caso concreto, dell'azione dei picchetti. (167 Mass. 92, 104 a. 1896; *M. and F.*, pag. 109-116).

⁽¹⁴⁰⁾ La storia di questa nomina è narrata da LERNER, *op. cit.*, pag. XXXI-XXXVI. Vedi anche FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, cit., pag. 23-23.

⁽¹⁴¹⁾ Sulle relazioni personali sue con gli altri membri della Corte, le quali furono sempre, nel complesso, assai buone; sul lavoro; sulle preoccupazioni di questi anni, non c'è miglior informazione di quella diretta che ci dà il carteggio Holmes-Pollock. Vedi anche LERNER, *op. cit.*, pag. 131-133 e le biografie sopra citate.

^(141-bis) Si vedano sopra a nota 6 le raccolte citate. Noi rinvieremo per comodità a *M. and F.*

Questa conferisce ai cittadini, giusta i canoni della grande tradizione filosofico-politica da cui trae origine, una garanzia pei diritti di proprietà e patrimoniali di fronte ai poteri legislativi ed esecutivi dello stato federale e degli stati membri. Contro le possibili usurpazioni di quei poteri essa garantisce altresì le libertà civili: le libertà della persona, del pensiero, della stampa, ecc. Un punto delicato e importante è la sfera di poteri e competenze spettanti rispettivamente allo stato federale e a quelli membri come definita dal testo costituzionale. La interpretazione di Holmes si informa in tutti e tre questi campi ai valori della sua filosofia evoluzionistica nel rapporto con le circostanze politiche e sociali del momento storico.

Holmes moveva da un orizzonte mentale tutto suo: e questo lo porta non di rado a differire dal giudizio della maggioranza della Corte. Lo porta poi alla aperta opposizione ad essa nel settore della proprietà e dei diritti patrimoniali.

In questo campo già dagli ultimi decenni dell'Ottocento la Corte Suprema si era posta alla testa di quell'indirizzo giurisprudenziale, che sopra abbiám ricordato, proprio delle Corti di fronte alla nuova realtà politico-sociale che il momento storico veniva generando.

Durante tutto il secolo diciannovesimo la Corte, nell'interpretare le astratte e generali clausole della costituzione, s'era mostrata per tendenza vigile difenditrice della proprietà e dei suoi diritti. Ma non s'era mai presentato alcunchè del genere, per esempio, della « legislazione sociale » che ora gli stati in mano alle maggioranze democratiche cominciavano a promulgare per il regolamento dei molteplici aspetti dei rapporti di lavoro. Tra il 1880 e il 1900 la Corte elabora una interpretazione del 5° e 14° Emendamento coi concetti di « *due process of law* » sostanziale e di « libertà di contratto », per la quale caddero allora e in seguito (finchè prevalse quell'indirizzo, cioè fino al 1937) molte leggi di tale od analogo intento e contenuto, giudicate incostituzionali. Era sostanzialmente una difesa di una

ideale organizzazione degli affari privati informata al principio dell'assoluto individualismo, o, come si diceva, del *laissez faire*, che la nuova legislazione veniva in più punti squarciando ⁽¹⁴²⁾.

Nell'affermare la necessità di una interpretazione con conciso riferimento agli interessi sociali, Holmes — bisogna dire — accentuava implicitamente quest'ultima qualifica. Erano cioè i bisogni della società che egli voleva considerati: della società, che non s'esaurisce in un accozzo di individui per la tutela di certi beni loro, ma sta ben sopra all'individuo ed ha esigenze sue, complesse e mutevoli. Abbiamo già visto rispetto alla Common Law come questo principio che rispondeva agli essenziali punti di vista filosofici di Holmes si colasse nelle maglie del suo pensiero giuridico. Ed è in definitiva sulla base di quei punti di vista e del conseguente principio del priore valore sociale, che Holmes qui respinge la difesa dell'assoluto individualismo, e per

(142) L'indirizzo seguito dalla Corte dalla fine dell'ottocento fino al 1937 è delineato con sintetica efficacia da WRICHT, *op. cit.* (Cap. V-IX). Ivi è dato leggere il modo in cui lentamente furono elaborati e precisati i concetti giuridici che servirono alla difesa dell'individualismo (pag. 95-105, con l'indicazione della bibliografia essenziale). Per una più ampia seppur sintetica storia e spiegazione del significato della clausola del *due process of law* si veda C. E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, Columbia Un. Press, N. Y., 1928, pag. 184 ss.

«*Due process*» è concetto che ha il suo antico parente (*the law of the land*) nella Magna Charta. Nella tradizione americana esso assunse chiaramente, specie dopo la guerra civile, e tuttora ritiene, il significato, a un di presso, di «principi supremi del diritto e della giustizia». Nessuno può esser costituzionalmente privato di «vita, libertà, proprietà» da una legge o da un atto dell'esecutivo contrario ad essi: ma tocca appunto alla Corte Suprema, nel corso delle sue decisioni, determinare quale sia la precisa portata di quei principi.

Nella citata opera di FRANKFURTER si elencano, in appendice, le 232 pronuncie di incostituzionalità di leggi statali in base al 14° Emendamento, rese dalla Corte nel sessantennio successivo al 1877. Naturalmente, non bisogna rappresentarsi in tono troppo drammatico l'opposizione della Corte alle innovazioni dell'ordinamento giuridico. Non poche leggi rispondenti alle nuove esigenze e ai nuovi modi di pensare della società oltrepassarono in quegli anni lo sbarramento giudiziario; il crescere del potere federale rispetto al locale e del potere esecutivo e amministrativo in genere furon fenomeni non mal visti dalla Corte. Per l'opportuno equilibrio della visione storica conviene leggere i capitoli in proposito del libro ora citato di HUGHES, che rispecchia un punto di vista, non conservatore, ma, diciamo, moderato.

trent'anni alla Corte rappresenta, prima da solo, poi affiancato da Brandeis, la giurisprudenza nuova, la giurisprudenza che voleva consentire l'inserirsi nell'ordinamento della nuova realtà politico-sociale esprimendosi attraverso le leggi votate dalle assemblee legislative⁽¹⁴³⁾.

Che il pensiero giuridico di Holmes in questo campo discenda dalla sua specifica coscienza filosofica, appare peculiarmente dal complesso articolarsi di ragioni che lo conduce a quell'atteggiamento che gli americani chiamano « liberale », intendendo la parola (secondo del resto il suo primitivo significato) nel senso di « progressista ».

Il principio che il valore è la società non significa affatto, in Holmes, innanzitutto, socialismo. Contro l'utopia socialista (che agli inizi del secolo nostro in America faceva qualche rumore) proprio in questi anni Holmes anzi dirige alcune dure e ironiche frecciate: « profezia da millennio », essa, col suo ideale del « paradiso in terra » e dell'eliminazione dell'egoismo umano allo scomparire delle classi, è una « sciocchezza pericolosa »⁽¹⁴⁴⁾. Ma c'è di più. Holmes è convinto che, da un punto di vista astratto, il regime del libero scambio puro sarebbe l'ottimo tipo d'ordine economico: la società dal gioco delle forze economiche lasciate libere riceverebbe la massa maggiore di beni di consumo⁽¹⁴⁵⁾. Nè egli mostra d'esser veramente compreso di motivi

(143) L. D. Brandeis fu nominato giudice della Corte Suprema da Wilson nel 1916. Fin dai primi passi nella sua carriera di avvocato e giurista aveva dimostrato aperta simpatia per le forze del lavoro. Molto versato nelle cose dell'economia, egli infonde nel suo pensiero giuridico un'esperienza di sociologo che, con quell'estensione e profondità, mancava a dir il vero a Holmes, più portato alle grandi visioni della filosofia. Brandeis, figlio di recenti immigrati, occupava poi idealmente, sul piano delle preferenze politiche, una posizione ben più avanzata di quella di Holmes. Si veda su di lui: A. LIEF, *Brandeis: the Personal History of an American Ideal* (1938).

(144) Si veda il breve scritto *Law and Social Reform, M. and. F.*, pag. 399 ss.

(145) Si vedano gli scritti *Economic Elements* e *Law and the Court*, in *C. L. P.*, pag. 279 ss., pag. 291 ss. Il vero problema — ragiona Holmes — « sta, non nel chi possiede, ma nel chi consuma il prodotto annuo ». Non bisogna pensare alla proprietà come a un « punto terminale », ma come a un « cancello di passaggio »:

umanitari che potrebbero giustificare una attenuazione per legge della durezza di certi rapporti nella moderna società industriale. Ma per quali motivi allora, con questi concetti politici, diremmo, da conservatore, Holmes non si schiera con l'indirizzo prevalente nella Corte?

I motivi sono molteplici: ma il gruppo forse più importante d'essi fa capo, nella sfera più alta del suo pensiero, all'apprezzamento della forza e della vitalità nelle cose umane, così individuali come collettive. Holmes vedeva con occhio acuto il fenomeno grande del prender coscienza e del rinsaldarsi in quegli anni delle forze del lavoro di fronte a quelle del capitale e un mondo — come diceva — teso a sempre più complesse « combi-

la cui funzione è di « dirigere gli investimenti e il lavoro verso la produzione di nuovi beni ». Le comodità e il lusso dei ricchi sono una minima frazione sottratta al consumo delle grandi masse. La proprietà dunque significa essenzialmente potere. Ma qualcuno deve avere il comando nei processi della produzione. Ora, « non (si) conosce modo di trovar l'uomo a ciò adatto, migliore di quello della conquista del potere nella concorrenza del mercato ». Il capitalista cerca il suo vantaggio: ma in effetti il suo successo significa massima quantità di beni di consumo per la massa. Limitare la proprietà o restringere la libertà di mercato son cose che non posson giustificarsi con ragioni economiche, ma solo con politiche. *C. L. P.*, pag. 279 ss., 291 ss.

Holmes seguiva, in economia, le dottrine della scuola classica nella interpretazione e nell'approfondimento che di esse avevan fatto gli economisti austriaci della seconda metà dell'ottocento. Tracce di questa sua affiliazione si trovano chiare in alcune *opinions* concernenti casi ove questioni economiche costituivano un punto cruciale. Si vedano, per esempio, *Plant v. Wood (M. and F.*, pag. 117) e *Dr. Miles Medical Co. v. Park and Sons Co. (M. and F.*, pag. 239), con le note di Lerner.

Nella nostra esposizione abbiamo assai calcato la mano sul carattere « sociale » del pensiero di Holmes. Torna qui acconcio, ad evitare equivoci, ribadire con forza il punto che la socialità che Holmes difende ha valore filosofico: significa che l'ultima misura del conveniente non può essere l'astratto individuo ma la comunità e gli interessi di questa. Non bisogna in alcun modo scambiare questa tesi nè con una disposizione favorevole all'economia organizzata centralmente, nè con una particolare simpatia per le classi non abbienti: nè l'una nè l'altra c'erano in Holmes. E questo bisogna tener ben presente, se si vuol cogliere la sua vera personalità e non fingersi, in luogo dell'elegante e aristocratico figlio della più antica tradizione del New England, in luogo del filosofo che medita con distacco, il campione di una idea di rinnovamento in senso socialista, dalla quale egli fu completamente e fermamente alieno.

nazioni e organizzazioni » di forze. Gli pareva che ciò, giudicato alla luce del principio della « libera lotta per la vita », non solo non costituisse un male, ma, come sintomo di energie che si spiegano, un bene. Le leggi gli sembravano il mezzo col quale una forza, che per maggioranza ne poteva disporre, spostava le condizioni della lotta economica rispetto all'altra. Intervenire pesantemente in quella lotta, con lo strumento del sindacato costituzionale, a difesa specifica d'una parte, gli doveva sembrare cosa, in via generale, ingiustificata. Per lui non esistono eterni diritti innati del soggetto. Abbiamo visto in *The Common Law* quale fondamento egli assegni alla proprietà: una analoga ragione gli fa ammettere ora che l'ordinamento giuridico dell'economia possa limitare l'assolutezza dei varî aspetti di questo istituto, quando ciò torni utile alla forza collettiva che nel momento storico si dimostra la più dinamica ed ha dalla sua la maggior parte del paese. Holmes pensa che alla società di massima convenga nelle cose sociali e economiche trovare ad ogni momento quell'assetto che più risponde al quadro delle forze effettivamente esistenti e operanti. Gli ordinamenti che magari si stimano giusti e convenienti in astratto, non valgon nulla nel concreto, se non rispondono alle reali presenti energie e agli effettivi correlativi bisogni che la società avverte ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ È l'atteggiamento tipico di un evoluzionista che avverte la fondamentale positività dei movimenti sociali e comunque l'inevitabilità loro e la futilità di opporvisi. Sintomatiche sono le parole che egli rivolge, nel citato scritto *Law and the Court*, dopo aver criticato gli utopici predicatori di rivoluzioni sociali, ai giudici che troppo tengono dalla parte della conservazione: « ... il diritto è in costante sviluppo... Anche noi abbiamo bisogno di educazione nelle cose ovvie: di apprendere a trascendere le nostre convinzioni e permettere che molto che pur ci è caro sia eliminato, senza la scossa della rivoluzione, ma attraverso l'ordinato cangiamento della legge » (*C. L. P.*, pag. 295). Del resto, Holmes vedeva intelligentemente la non gravità e la ultima componibilità del contrasto tra capitale e lavoro in un paese come l'America. La preoccupazione sua nasceva semmai da altri pericoli. L'affermarsi di nuove razze e la minaccia che esse costituiscono per la tradizionale civiltà bianca; il rapido consumarsi delle risorse e delle ricchezze della terra: questi gli parevano i punti oscuri dell'avvenire. *C. L. P.*, pag. 296.

Innanzitutto, fin dal primo e famoso *dissent* che lo divide dalla Corte in materia di legislazione di lavoro (il caso *Lochner*) ⁽¹⁴⁷⁾, Holmes pone in chiaro un punto: chi interpreta clausole generiche e elastiche come quella del 14° Emendamento e considera incostituzionale una legge — come nel caso — stabilente limiti massimi agli orari lavorativi, non fa una operazione i cui risultati sono frutto di una meccanica, sterilizzata necessità logica: l'interpretazione involve un giudizio politico: e quella della Corte comporta la costituzionalizzazione di un determinato ideale politico-economico: « questo caso — comincia quella *dissenting opinion* — è deciso sulla base di una teoria economica... ». La Corte ha una sua politica di interpretazione: e questa le fa inserire nel testo una precisa sua filosofia politica, che è il *laissez faire*: questa la realtà dei fatti, sotto gli schemi formali della deduzione.

Alla politica interpretativa della Corte, che si traduce in un intenso controllo, sul metro di un ideale particolare, della attività legislativa, si contrappone quella di Holmes. Nel precisare, giudicando della costituzionalità delle leggi, i contorni della garanzia che la Costituzione fa al diritto di proprietà e all'autonomia contrattuale, il giudice deve andar, secondo lui, molto cauto. « Il 14° Emendamento non codifica la Statica Sociale del signor Spencer... Una costituzione non è diretta a incorporare una teoria economica particolare, sia essa il paternalismo o la relazione organica di cittadino e stato o il *laissez faire*. È fatta per uomini di vedute fondamentali diverse, e la circostanza del

⁽¹⁴⁷⁾ *Lochner v. New York (M. and F., pag. 143)*. La sentenza è di penna del giudice Peckham e fonda la dichiarazione di incostituzionalità della legge dello Stato di New York, che provvedeva una giornata lavorativa di 10 ore e una settimana di 60 nell'industria della panetteria, su questi motivi: lo statuto viola la « libertà di contratto » protetta dal 14° Emendamento; non può giustificarsi come misura di tutela della salute dei lavoratori; non rientra sotto alcun altro rispetto nella sfera del « potere di polizia » attribuito agli stati, il quale, altrimenti, sarebbe concepito come così « pervadente » che « nessun commercio, nessuna occupazione, nessun modo di guadagnarsi la vita, potrebbe sfuggirgli ». Vedi *ibid.*

nostro trovare certe opinioni naturali e familiari e altre nuove e urtanti, non deve avere efficacia determinante sul giudizio relativo al problema se leggi che le incorporano siano in contrasto con la costituzione... Io penso che la parola libertà nel 14° Emendamento è pervertita, quando la si pone a ostacolare lo sbocco naturale della opinione dominante... » ⁽¹⁴⁸⁾. Holmes ovviamente non svuota d'ogni significato quelle garanzie: esse debbono tuttavia operare soltanto, per lui, quando « si possa dire che un uomo equo e razionale ammetterebbe necessariamente che lo statuto in esame infrange principî fondamentali della tradizione del popolo e del diritto ». Tra i quali Holmes non mette certo l'individualismo in tale rigida assolutezza ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ *M. and F.*, pag. 149. Holmes ricorda poi, subordinatamente (come aveva ricordato in *Commonwealth v. Perry*, citato a nota 139), che la « libertà di contratto » non è principio che già non conosca le sue buone eccezioni: per esempio nelle leggi proibenti l'usura e le lotterie private. E la legge in esame, inoltre, « non irragionevolmente » può ritenersi, secondo lui, una « misura appropriata » al promuovimento della sanità e salute popolare, per il quale lo stato è competente. *M. and F.*, pag. 148-149.

⁽¹⁴⁹⁾ *M. and F.*, pag. 149. M. G. WHITE, nella sua *Rivolta contro il formalismo*, cit., pag. 141-144, sembra incontrare qualche difficoltà a conciliare il metodo di interpretazione e decisione giudiziale qui difeso da Holmes con quello — egli dice — delineato in *The Common Law*: perchè là si ammetteva che i giudici introducessero nel loro ragionare giuridico considerazioni politiche e qui sembrerebbe esserci un passo indietro, un apparente parziale ritorno, con quel consiglio alla cautela, al formalismo. Ma per dissipare le difficoltà basta por mente — ci sembra — a questo. Holmes ritiene inevitabile che in maggior o minor misura i giudici sempre plasmino il sistema normativo. Richiede, in particolare, che siffatta plasmazione avvenga consciamente, in vista di interessi sociali. Ora, la sua valutazione degli interessi è quella dell'evoluzionista, che vuole il rispecchiarsi nelle forme giuridiche delle forze storiche prevalenti al momento. Questo principio vale in generale; ma la sua applicazione nei giudizi di costituzionalità comporta maggior rispetto possibile della legge, la quale esprime il volere delle maggioranze delle assemblee, cioè delle forze dominanti nel paese. Dipende da una visione politica considerare la costituzione una realtà « fatta per uomini di differenti vedute », una realtà vivente nella mutevole storia umana, anzichè il rigido baluardo di difesa di certi precisi diritti: una visione che informa poi il successivo giudizio giuridico. Certo, quando l'interprete è chiamato a sciogliere questioni, non di legittimità costituzionale, ma, per esempio, di Common Law, il diritto che si sviluppa per opera giudiziale, la partecipazione del suo giudizio politico dovrà essere — nel pensiero di Holmes — più intensa e pervadente. Ma

Pel regime costituzionale della materia patrimoniale poco meno rilevante del disegno dei contorni di quelle garanzie, e correlativo ad esso, è il disegno della profondità e incisività dei poteri conferiti dalla Costituzione allo Stato federale e a quelli membri in materie sociali-economiche: sostanzialmente, l'interpretazione della facoltà del Congresso in base alla « clausola commerciale » e al potere di tassazione dell'articolo 1 sezione 8^a, e delle facoltà degli stati in base al « potere di polizia » loro riconosciuto. I rapporti privati patrimoniali posson infatti esser sottratti alla regolazione e al controllo governativo, non solo per diritti garantiti ai privati, ma per difetto di potere nei governi. Qui si manifesta una caratteristica del pensiero costituzionale holmesiano che trascende questo campo particolare, e risponde del resto alla sua *forma mentis* generale. Holmes ha un forte senso dello stato: e vede dunque qui la necessità, ai nostri tempi, di ampi poteri di regolamento e controllo della vita sociale-economica sia nel governo federale che in quelli locali. Egli è perciò particolarmente generoso nell'interpretazione delle clausole costituzionali relative. Il « commercio interstatale » che il Congresso può regolare è per lui un « continuo », una « corrente ininterrotta d'affari » le cui « fasi locali » si saldano inestricabilmente col tutto e son col tutto regolabili ⁽¹⁵⁰⁾. Il « potere di

non c'è contrasto tra le tesi qui difese e le precedenti affermazioni sul metodo: nè in Holmes — a noi pare — c'è una dualità non mediata di metodi, sibbene, sostanzialmente, un unico metodo, seppur con le differenze interne che impongono le differenti materie su cui il giurista è chiamato a lavorare. Del resto, la non-intensità del controllo costituzionale riguarda specialmente, nel metodo di Holmes, il particolare settore patrimoniale.

⁽¹⁵⁰⁾ La interpretazione holmesiana della « clausola commerciale » trova la sua migliore espressione nella *opinion* resa nel caso *Swift and Co. v. V. S.*, 1907 (vedi *M. and F.*, pag. 231 ss.), da cui son tratte le parole citate. (Il caso riguardava lo scioglimento, promosso in base allo Sherman Anti-Trust Act, di un consorzio segreto tra imprese interessate al commercio delle carni negli Stati del Middle West). La « clausola commerciale » è il congegno tecnico principale con cui si giustifica giuridicamente la presente realtà dello stato federale americano: il quale — come è noto — esercita oggi un vasto complesso di controlli e attività d'ordine economico e sociale. Holmes certo non muove da quella pregiudiziale limitazione

polizia » degli stati è affatto elastico: « si estende a tutti i grandi bisogni pubblici », secondo il ragionevole giudizio degli stati ⁽¹⁵¹⁾.

Restano come pietre miliari nella storia della giurisprudenza della Corte Suprema i grandi casi in questa materia nei quali meglio si delinea il contrasto tra la maggioranza e Holmes, e a cui corrispondono altrettante sue famose *dissenting opinions*. Si posson specialmente ricordare, riguardo a giudizi su leggi federali dichiarate incostituzionali e nulle: il caso *Adair* (legge incriminante il licenziamento per appartenenza del lavoratore a sindacati) ⁽¹⁵²⁾; *Hammer v. Dagenhart* (legge proibente il trasporto di prodotti di industrie in cui siano impiegati, senza certe cautele, bambini) ⁽¹⁵³⁾; il caso *Adkins* (legge che prevede la fis-

dei compiti del governo alla tutela e difesa del diritto, che era caratteristica del pensiero liberale del primo ottocento. Per questo lato egli perciò non trova ostacolo a pervenire ad una visione amplissima dei poteri costituzionalmente pertinenti in queste materie alla Unione: visione conforme, in sostanza, alle grandi tendenze del momento storico, che si sarebbero tradotte in realtà operante dopo la sua morte, al tempo del New Deal del secondo Roosevelt. Per la posizione della Corte rispetto alla clausola vedi innanzi e le note 165 e 166.

⁽¹⁵¹⁾ Il « potere di polizia » si definiva tradizionalmente come quello di « provvedere per la salute, la sicurezza e la moralità pubblica ». La formula holmesiana realizza un ampliamento il cui significato non può sfuggire. Per la definizione si veda l'*opinion* nel caso *Noble State Bank v. Haskell* (ove si trattava di giudicare della costituzionalità di una legge statale istituente un fondo di garanzia pei depositi bancari: *M. and F.*, pag. 179). Si veda anche, innanzi, *Tyson Bros v. Banton*.

⁽¹⁵²⁾ Si trattava dell'Erdman Act, disciplinante i rapporti di lavoro nelle imprese ferroviarie interstatali, approvato dal Congresso nel 1898. La sentenza è del 1908. La dichiarazione di nullità fu motivata con due argomenti: violazione del principio della libertà di contratto; impossibilità di riportare la legge nella sfera del potere concesso al Congresso dalla « clausola commerciale », non essendo relazione tra rapporti di lavoro e commercio. Holmes replica adducendo la non assolutezza del principio della libertà di contratto e allegando che il Congresso, nel tentativo di promuovere una certa sua politica rispetto alle ferrovie e al commercio interstatali, può ragionevolmente ritenere necessario il regolamento di quei rapporti di lavoro. *M. and F.*, pag. 150 ss.

⁽¹⁵³⁾ Si trattava del Keating-Owen Act, votato dal Congresso nel 1916 nel tentativo di stabilire un regolamento uniforme del lavoro dei minori nei vari stati, alcuni dei quali mancavano del tutto, o quasi, di disposizioni in materia. La Corte ritenne che la legge, comechè diretta a regolare l'industria manifatturiera

sazione di minimi salariali nel distretto di Columbia) ⁽¹⁵⁴⁾; riguardo a leggi statali, parimenti definite incostituzionali e nulle: il caso *Lochner*, ricordato sopra; *Truax v. Corrigan* (legge vietante ingiunzioni giudiziali contro picchetti operai che pacificamente sollecitano l'esecuzione dello sciopero proclamato) ⁽¹⁵⁵⁾; *Tyson Bros v. Banton* (legge regolante i prezzi di rivendita di biglietti di teatro fatta da agenzie) ⁽¹⁵⁶⁾. In altri non meno famosi casi Holmes riesce ad aver dalla sua una stretta

e non il commercio, non rientrasse nei poteri dello Stato federale essendo la disciplina di quell'industria di competenza esclusiva degli Stati membri. Holmes sottolinea l'importanza civile del tentativo del Congresso; ribatte, in linea tecnica, che il potere di regolare il commercio interstatale spetta alla Unione: questa può farne uso come vuole, per realizzare le vedute politiche che le aggradano e « qual che siano gli effetti indiretti che ciò possa avere sulle varie attività negli Stati ». La sentenza è del 1918. *M. and F.*, pag. 165 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ La legge, che è del 1917 (ed è un atto del Congresso poichè l'esclusiva e piena sovranità nel distretto appartiene ad esso) si riferiva solo al lavoro femminile e espressamente adduceva a propria giustificazione motivi di salute e moralità pubblica — al fine di chiaramente rientrare nell'ambito del « potere di polizia » —. La sentenza (che è del 1923) si impernia sull'argomento della violazione della libertà di contratto. Consueta la linea di opposizione holmesiana a questo preteso « dogma » costituzionale. *M. and F.*, pag. 172 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ La dottrina esposta da Holmes in *Vagelahn v. Guntner*, negante l'ingiunzione giudiziale in un identico caso (vedi nota 139), dottrina fondata sulla semplice Common Law, non era stata accettata dalle Corti. Alcuni Stati provvidero allora ad abolire espressamente per legge, rispetto al caso suddetto, il rimedio giudiziario. La questione fu trasferita a questo punto, dagli imprenditori, sul piano costituzionale. La Corte ritenne l'incostituzionalità di una legge dell'Arizona provvedente l'abolizione, poichè a seguito di questa la « proprietà » era per certi aspetti lasciata senza adeguata tutela, e cioè « sottratta » ai legittimi titolari contro ogni *due process of law*. Holmes ovviamente, e a maggior ragione, non poteva mettersi ora, su questo piano più alto e preliminare, dalla parte del capitale. La sentenza è del 1921. *M. and F.*, pag. 156 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ I motivi della sentenza della Corte contraria a questa legge dello Stato di New York, son questi: che l'industria teatrale non riveste « pubblico interesse » e non rientra quindi nella materia soggetta al « potere di polizia » degli Stati; che la legge viola la clausola *due process* del 14° Emendamento. Holmes attacca specialmente, qui, la limitazione fatta dalla Corte del « potere di polizia » in base al concetto di « pubblico interesse ». Questo è per lui nient'altro che « una finzione », « una scusa »: ogni materia o commercio o affare riveste per Holmes in realtà, un « pubblico interesse », sol che lo stato scelga di occuparsene, ed abbia in questa scelta « una sufficiente forza di opinione pubblica dietro di sè ». Sentenza del 1927. *M. and F.*, pag. 19 ss.

maggioranza: *Arizona Employer's Liability Cases* (ove si sarebbe voluto pronunciare la nullità di leggi accollanti all'imprenditore il rischio degli infortuni sul lavoro, in base alla pretesa incostituzionalità di ogni responsabilità civile non fondata su effettiva colpa) ⁽¹⁵⁷⁾; *Block v. Hirsh* (ove si sarebbe voluto dichiarare incostituzionale la proroga legislativa delle locazioni urbane in tempo di guerra) ⁽¹⁵⁸⁾.

Se in materia patrimoniale Holmes propugnava una politica di interpretazione che è stata detta della « tolleranza giudiziale » ⁽¹⁵⁹⁾ (per il larghissimo agio lasciato ai movimenti del legislativo e l'esercizio con mano leggera del controllo di costituzionalità), molto meno « tollerante » egli si rivela nel campo delle libertà di pensiero e di espressione. Rispetto a quanto accadeva là, le posizioni sua e dei colleghi paiono qui addirittura rovesciate: poichè è lui ora il più vigile e attento affinché le leggi federali e degli stati non prevarichino e tolgano al singolo il suo diritto. Neppure la libertà di pensiero e di espressione è invero un valore assoluto per Holmes: di contro ad esso sta

⁽¹⁵⁷⁾ Nella sua *opinion* Holmes respinge l'argomento del carattere costituzionale del principio *no liability without actual fault* (che peraltro ben 4 su 9 giudici sostennero) ricordando che, secondo la migliore interpretazione, lo stesso principio generale della colpa va inteso come applicazione di un *external standard*. Egli pone in rilievo che l'accollo di una responsabilità assoluta all'imprenditore per infortuni sul lavoro, pel gioco del meccanismo economico si traduce da ultimo in un maggior prezzo del bene prodotto: è il pubblico che, per assicurare chi produce da ogni danno incorso nell'adempimento di una funzione sociale, sceglie di farsi lui assicuratore. Il principio della « colpa effettiva » era difeso dai suoi sostenitori come essenziale sia pel diritto sia per la morale, e, comunque, come istituto imprescindibile in ogni « libero governo ». Sentenza del 1919. *M. and F.*, pag. 160 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Si trattava della costituzionalità di una legge del Congresso regofante la materia pel distretto di Columbia. La decisione, motivata da Holmes, si fonda sull'argomento che la legge rientra largamente nell'ambito dei poteri che la Costituzione riconosce allo Stato nelle emergenze supreme. La *dissenting opinion* di quattro giudici adduceva la intangibilità della proprietà e della libertà di contratto stabilita dal 5° Emendamento e lo scopo apertamente « socialista » della legge. Sentenza del 1921. *M. and F.*, pag. 278 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ L'espressione è di LERNER, *op. cit.*, pag. 129.

il valore della sicurezza dello stato, ed Holmes sa che quest'ultimo costituisce un limite alla protezione incondizionata del primo. Ma si tratta appunto di tracciare la linea oltre la quale il diritto non può più ammettere, per il troppo grave pericolo, l'espressione e la circolazione libera del pensiero: e nel tracciarla, Holmes si dimostra assai più propenso dei colleghi a concedere tutto quanto è possibile al valore della libertà.

Ma anche qui, quali motivi conducono Holmes a questo atteggiamento? Essi traspaiono chiari dalle motivazioni delle decisioni e dalle *dissenting opinions* da lui estese per casi riguardanti questo campo: essi sono quelli che la sua filosofia gli detta. Un intenso pregio della libertà di pensiero e d'espressione potrebbe fondarsi sull'affermazione di un intrinseco diritto della personalità umana. Ma non è ovviamente questa la linea di ragionamento che Holmes segue. Questa libertà trova la sua ultima giustificazione, per lui, in motivi sociali o, quanto meno, ultraindividuali. Il suo relativismo gli insegna a respingere l'ostracismo dato ad opinioni per il loro preteso contrasto con verità o principî assoluti. Egli constata che solo la libertà consente un vero fiorire della vita civile e un sano organizzarsi delle società e dei governi. « Quando gli uomini si son resi conto che il tempo ha abbattuto molte fedi battagliere, essi posson pervenire a credere con più forza di quanto non credano negli stessi principî fondamentali della loro condotta, che l'ultimo bene da essi desiderato è meglio raggiunto con un libero commercio di idee: che la miglior prova di verità è il potere del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i loro desideri possan venir soddisfatti con sicurezza ». Lo stato può vivere a lungo e prosperare solo se concepito e vissuto come un processo sperimentale: « è un esperimento, come tutta la vita è un esperimento » ⁽¹⁶⁰⁾. La civiltà, che rende più intensa e alta la vita,

⁽¹⁶⁰⁾ Dal *dissent* nel caso *Abrams, M. and F.*, pag. 312.

può solo respirare ove pulsino un pensiero interamente libero, e una libera stampa e la libertà di parola. Per la difesa delle quali occorre esser dunque « eternamente vigili » ⁽¹⁶¹⁾.

È di Holmes la definizione della linea di compromesso tra questi valori e l'esigenza contrastante della sicurezza dello stato, del poter l'organismo sociale agire in certe occasioni saldo e con tutta la sua forza, che la Corte accolse nei giudizi celebrati in applicazione delle leggi di sedizione e spionaggio votate dal Congresso durante il primo conflitto mondiale. La garanzia della Costituzione squalifica, intanto, ogni censura preventiva della stampa. Ma, in aggiunta, per essa deve considerarsi non punibile la manifestazione di qualunque pensiero, la quale, avuto riguardo alle circostanze in cui avviene, non crei « un pericolo chiaro e imminente (*clear and present danger*) di un male sostanziale che è nel legittimo potere dello stato di impedire » ⁽¹⁶²⁾. Bisogna che le circostanze rendano la *parola* un probabile, diretto fattore causale o il momento iniziale di un presente *fatto* illecito, perchè cada la protezione speciale concessa dalla costituzione alla libertà di parola. La Corte fece sua la definizione di principio (caso *Schenck*); ma la applicazione ai casi concreti diede luogo ad alcune nette divergenze (caso *Abrams*: condanna di un socialista per manifesti incitanti a interrompere la produzione di guerra; caso *Gitlow*: condanna di un socialista per un opuscolo di propaganda incitante alla rivoluzione). Holmes avvertiva intensamente — e sarebbe stato strano il contrario — il valore dello stato forte, della sicurezza pubblica: ma la repugnanza a condannare con una sentenza un'idea in quanto idea, lo rendeva pacato e scrupoloso nel valutare l'effettiva presenza del pericolo, l'effettiva potenza causale dell'idea; e nei casi citati egli dissentì ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*, pag. 312.

⁽¹⁶²⁾ *Schenck v. U. S., M. and F.*, pag. 297.

⁽¹⁶³⁾ Le *dissenting opinions* holmesiane del caso *Abrams* e del caso *Gitlow* (che si possono leggere in *M. and F.*, rispettivamente a pag. 304 e 321 ss.), assieme

A ulteriore prova che al fondamento del liberalismo di Holmes nel campo delle libertà civili stanno i motivi che ab-
biam visti, vale in certo senso la minor passione che egli mette
nella difesa delle libertà personali in senso stretto, rispetto a
quella messa nel difendere la libertà di pensiero e di stampa.
Il sacrificio dell'individuo come tale, per lui conta meno: e —
sempre a conferma dell'abito suo a riguardar le cose dal punto
di vista della società e della specie — si può citare come indi-
cativo per questo settore, il caso *Buck v. Bell* (in cui Holmes
sostenne la costituzionalità della sterilizzazione coatta degli in-
fermi di mente ricoverati in istituti pubblici) ⁽¹⁶⁴⁾.

al *dissent* di Brandeis in *Whitney v. California* (1927), son divenuti documenti clas-
sici per i « liberali » americani. Ma Holmes diede in questo campo ai « liberali »
anche delle disillusioni. È di sua penna, per esempio, la sentenza di condanna
di Eugene Debs, capo del partito socialista americano. (Debs era stato accusato
per un discorso di intonazione rivoluzionaria in base all'*Espionage Act* del 1917:
si legga la *opinion* holmesiana in *M. and F.*, pag. 297-304 e *ibidem* l'accento che
fa Lerner alle critiche che i « liberali » mossero alla sentenza). Un altro chiaro
segno del fatto che Holmes, accanto al valore della libertà di pensiero e d'espres-
sione, sentiva fortemente quello concorrente della coesione nazionale, è dato dalla sua
dissenting opinion nel caso *Meyer v. Nebraska*. (La Corte dichiarò incostituzionale,
comechè contraria alla libertà protetta dal 14° Emendamento, una legge statale che
proibiva penalmente l'uso, nell'insegnamento elementare, di lingue che non fossero
l'inglese. La legge, essendo d'uno Stato con forti gruppi etnici tedeschi, era in
sostanza diretta contro l'uso di quella lingua nelle scuole. Holmes dissente, addu-
cendo che la legge può considerarsi un mezzo « non irragionevole » pel conse-
guimento dell'unità linguistica nazionale perseguibile, a termini costituzionali, da
parte dello Stato. Vedi *M. and F.*, pag. 317-321).

Per un'analisi e un giudizio del pensiero holmesiano sulle libertà civili
nel quadro complessivo del pensiero e della prassi americana in materia, si può
vedere Z. CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Harvard Univ. Press, Cam-
bridge, Mass., 4ª rist., 1948, specialmente cap. III, IX.

⁽¹⁶⁴⁾ La sentenza è del 1927. *M. and F.*, pag. 356 ss. Un altro tipico esem-
pio di subordinazione dell'individuo alla società in questo settore — stavolta al
particolare interesse della sicurezza dello Stato — è l'*opinion* nel caso *Moyer v.*
Peabody (1909). Si trattava della legittimità costituzionale di un arresto preventivo
effettuato dalle forze dell'ordine in occasione di una sommossa: si vedano i parti-
colari del caso e le argomentazioni con cui Holmes sostiene la legittimità in *M.*
and F., pag. 268 ss. Non bisogna dimenticare peraltro, sempre in proposito, i
casi in cui Holmes sostenne con eloquenza il diritto della persona nei processi a
un giudizio veramente imparziale: si leggano per esempio le *opinions* nei casi
Frank v. Mangum, 1915 e *Moore v. Dempsey* 1923, (*M. and F.*, pag. 242 ss. e
247 ss).

Infine, anche nella definizione delle reciproche sfere di competenza del governo centrale e dei locali, noi vediamo il riflesso dello stile, della mentalità generale sua, giudicante in rapporto alle condizioni del momento storico. Egli valutava uomini, cose e istituti in base alle energie sufficienti o insufficienti di cui essi dispongono per far fronte alle situazioni in cui la storia li ha collocati. Egli vedeva il rimpicciolirsi delle distanze nel mondo moderno, il progressivo crescere a maggior potenza mondiale degli Stati Uniti, la crescente complessità della vita interna e la connessione di tutti gli svariati aspetti d'essa. Era più che naturale che fosse incline ad attribuire allo stato federale centrale i poteri di cui questi mostra abbisognare nelle nuove circostanze storiche, che certo non son quelle dei giorni in cui la costituzione era sorta: il completo decentramento caratteristico d'allora non può naturalmente mantenersi. L'atteggiamento di Holmes in questo settore non si presenta così originale o peculiare come negli altri campi, poichè qui l'indirizzo seguito dalla Corte coincide più o meno col suo (e del resto non fa che continuare la tradizione giurisprudenziale formatasi fin dall'inizio dell'ottocento su insegnamento di Hamilton e per opera di Marshall)⁽¹⁶⁵⁾. In alcuni punti, peraltro, egli sembra spingersi anche oltre la linea che raggiunge la pur generosa Corte nel consentire l'espandersi del potere federale. La porta costitu-

(165) Sulla costante inclinazione della Corte Suprema a interpretare la costituzione in favore di un sempre più ampio potere federale, a cominciare dal famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819) per venire per esempio a *Stafford v. Wallace* (1922), vedi WRIGHT, *op. cit.*, pag. 44-54, 67-73, 87-83, 108-136.

Durante il periodo holmesiano la Corte Suprema dovette affrontare anche i problemi posti dalla tendenza al rafforzarsi del potere esecutivo e amministrativo a spese del legislativo e del giudiziario. Essa accettò il fenomeno e lo inserì nella cornice della costituzione: si veda come tipico esempio il caso *Myers v. U. S., M. and F.*, pag. 285 ss. (La Corte ivi riconobbe il potere del Presidente degli S. U. di rimuovere dalle cariche esecutive, senza il previo consenso del Senato, funzionari per la cui nomina quel consenso era invece costituzionalmente richiesto. Holmes in questo caso dissentì). Per tutto questo punto si veda sempre WRIGHT, *op. cit.*, pag. 137-147.

zionale attraverso cui si attua quell'espansione è specialmente la già citata « clausola commerciale » dell'art. 1: e abbiamo sopra accennato alla larghezza con la quale egli la vuole intesa. Bisogna ricordare che l'estensione dei poteri conferiti dalla clausola, da un lato gioca a scapito della autonomia e del controllo esclusivo degli stati sulla vita locale, e dall'altro contemporaneamente, come abbiám detto, incide sul complessivo ordinamento privatistico dell'economia. Legata a una certa visione conservatrice riguardo a quest'ultimo, la maggioranza della Corte era spinta a contenere un'espansione dei poteri dello Stato federale, che sotto il primo rispetto probabilmente non sarebbe stata di per sè sgradita. A questo *impasse* non era soggetto, com'è ovvio, Holmes ⁽¹⁶⁶⁾.

Egli è sollecito della compattezza dell'Unione, e accenna al pericolo che può venirle da un disgregato mosaico di « politiche locali », formulate e attuate da uomini non adusi a « vedute nazionali ». Egli, che pure non riterrebbe pericolosa la cessazione del sindacato di costituzionalità da parte delle Corti sulle leggi del Congresso, afferma invece la assoluta necessità del controllo giudiziale sulle leggi dei singoli stati ⁽¹⁶⁷⁾. Quanto ai poteri della Unione sul piano internazionale, Holmes è portato a vederli larghissimi: e repugna ad ammettere che dalla riserva di certe ma-

⁽¹⁶⁶⁾ Un caso classico in cui l'espansione del potere federale fu contenuta con l'addurre l'esclusiva competenza degli Stati, il principale seppur coperto scopo essendo peraltro quello di sottrarre a un regolamento pubblico determinati rapporti, è il già citato *Hammer v. Degenhart* (vedi nota 153). In esso la Corte, per lasciare alla libera determinazione privata il contenuto del contratto di lavoro, accampò il potere esclusivo degli stati locali rispetto alle industrie manifatturiere. Senonchè Holmes, nella sua *dissenting opinion*, ricorda che la Corte stessa in altri casi aveva giudicato costituzionali leggi del Congresso che indirettamente regolavano quell'industria: come il *Pure Food and Drug Act*, lo *Sherman Act* ecc. Non tanto l'autonomia locale, quanto quella privata, costituiva la preoccupazione che spingeva la Corte a limitare l'estensione dei poteri federali: si legga in proposito una rapida storia dell'interpretazione della clausola commerciale in questi anni in WRIGHT, *op. cit.*, pag. 113-123 e 127-128.

⁽¹⁶⁷⁾ Questi giudizi si trovano nel già citato discorso *Law and the Court*, C. L. P., pag. 291 ss.

terie, fatta dalla Costituzione alla competenza degli stati membri, scendano impedimenti all'esercizio da parte del governo centrale di attività giuridiche internazionali, normali in un organismo politico, ma che in qualche modo inciderebbero sulle materie riservate agli Stati membri ⁽¹⁶⁸⁾.

Non bisogna con ciò pensare che Holmes manchi di sensibilità per il valore delle autonomie locali. Ne ha moltissima, e lo dimostra in più casi ⁽¹⁶⁹⁾: ma egli è guardingo che tale sensibilità

⁽¹⁶⁸⁾ Si veda l'*opinion* di Holmes in *Missouri v. Holland*. Lo Stato del Missouri si opponeva all'esecuzione di un trattato concluso dagli Stati Uniti con la Gran Bretagna relativo alla protezione degli uccelli migratori, adducendo la esclusiva competenza dei singoli Stati ai termini della costituzione in materia di caccia e di quanto vi si connette.

Ciò significava, praticamente, una limitazione al potere dell'Unione di concludere trattati: una sua menomazione sul piano politico internazionale. Holmes non nega che ci possano essere delle « qualificazioni » di quel potere in base alla costituzione: ma afferma che la costituzione va interpretata tenendo presente che essa è « un organismo », « il cui sviluppo non poteva essere del tutto previsto anche dai più dotati dei suoi fondatori ». Per lui un trattato — un trattato che concerna interessi nazionali di prima grandezza che possono trovare adeguata regolazione solo con intese su un piano internazionale — può « sovrapporsi » ai « poteri » degli stati membri nella « sfera di controllo » ad essi assegnata dalla costituzione. *M. and F.*, pag. 273 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Citiamo soltanto, a esemplificazione, l'atteggiamento che Holmes assume di fronte al problema della cosiddetta « Common Law federale ». La costituzione conferisce alle Corti federali la giurisdizione per le cause tra cittadini di diversi stati. In *Swift v. Tyson* (1842) la Corte aveva stabilito che, quando non si trattasse d'applicare norme legislative sibbene di Common Law, le Corti federali non dovessero attenersi all'interpretazione della Common Law che davano tradizionalmente le Corti dello stato il cui diritto doveva applicarsi al caso secondo le regole dirimenti i conflitti tra leggi, ma dovessero applicare la Common Law nell'interpretazione che esse stesse credevano giusto darne. Nella giurisdizione delle Corti federali all'effettivo diritto in vigore nei vari stati si sovrapponeva e sostituiva così di fatto un « diritto comune federale ». Holmes si oppone alla dottrina di *Swift v. Tyson*. Egli vuole che i giudici federali nelle cause tra cittadini di stati diversi applichino l'effettiva legge dello stato il cui diritto è competente nel caso: vedi per es. la sua *dissenting opinion* in *Black and White Taxicab Co. v. Brown and Yellow Taxicab Co.* (*M. and F.*, pag. 193 e ss.). I motivi dell'atteggiamento holmesiano sono diversi (su di essi vedi la nota di LERNER, *op. cit.*, pag. 197): ma uno decisivo è appunto il suo « forte senso di localismo », e cioè la sua inclinazione al rispetto delle tradizioni locali e dell'autonomia degli Stati.

Occorre anche ricordare il grande guadagno che nella visione di Holmes

non operi in danno della efficienza del governo centrale nè — peggio ancora — produca magari un « vacuo di potere » nel complessivo sistema, « vacuo » da cui aborre addirittura tutta la filosofia holmesiana della forza.

derivava a questa autonomia dalla interpretazione « tollerante » che egli faceva del 14° Emendamento e relative garanzie ai diritti del patrimonio. La visione conservatrice di quell'Emendamento e quelle garanzie legava le mani al legislatore locale, stringendolo a una uniforme politica di individualismo e *laissez faire*. Holmes lascia invece ampia libertà agli stati di scegliere la politica economica e sociale che più loro aggrada. Son divenute famose sotto questo rispetto le parole che egli scrisse nel suo *dissent* in *Truax v. Corrigan*: « Non c'è nulla che io più deprechi dell'uso del 14° Emendamento per impedire, al di là della stretta necessità della sua lettera, il compimento degli esperimenti sociali che una parte rilevante della comunità desidera, in quei laboratori isolati che sono i vari stati, ancorchè gli esperimenti possan sembrar futili o persin dannosi... » (*M. and F.*, pag. 160).

VI

SOMMARIO: VI. - Qualità del pensiero di Holmes. Dinamicità e concretezza della concezione filosofica holmesiana. Realismo della teoria della decisione giudiziale. Rispondenza del metodo interpretativo sociologico e dell'indirizzo generale delle teorie di Common Law e di diritto costituzionale alle esigenze dei tempi. Limiti del pensiero di Holmes. Lo scetticismo e i pericoli che gli sono insiti. Il naturalismo holmesiano e i suoi riflessi nel pensiero giuridico. Holmes come simbolo della filosofia giuridica americana del nostro secolo.

Il pensiero e l'opera di Holmes presentano molteplici peculiari qualità. Tentiamo di riassumerle in rapida sintesi, accennando punto per punto ai motivi ond'esse posson venir giudicate tali.

L'impostazione filosofica di Holmes scende, come s'è visto, dal positivismo classico. Ma essa si distingue specialmente per senso della storicità e del concreto. Le astrattezze di una metafisica meccanica, gli schemi preordinati e rigidi di svolgimento ai quali indulgevano talvolta i seguaci della scuola filosofica positivista, conformemente al loro astrattismo intellettualistico, non son cose per lui. Non è una « singolare anomalia » — egli si chiede una volta, criticando Spencer — che un evoluzionista, il quale crede nello sviluppo degli istituti per successivo adattamento all'ambiente, si trovi a proporre, come fa il filosofo inglese, una teoria del governo intesa a stabilire i limiti di questo, una volta per sempre, per deduzione logica da assiomi ⁽¹⁷⁰⁾? La mentalità di Holmes è più moderna: essa è molto vicina alle concezioni « antimetafisiche » delle filosofie del nostro secolo. Col pragmatismo e lo strumentalismo in ispecie, le affinità sono parecchie: tanto che Dewey nel capitolo finale di una delle sue maggiori opere (*Experience and Nature*) prenderà in prestito, a modo di

⁽¹⁷⁰⁾ *M. and F.*, pag. 50.

conclusione, alcune pagine della « splendida » e « poetica » prosa di Holmes ⁽¹⁷¹⁾. In questo divenire dell'uomo, vario e aperto a possibilità e novità nel futuro, il fenomeno giuridico in particolare non appare concepito come determinato nei suoi sviluppi da un sol « fattore », cioè ragione, o interessi economici e classistici, o forze materiali, impulsi irrazionali e emozionali, o come si voglia ⁽¹⁷²⁾. Il pensiero di Holmes si mostra sensibile ai complessi aspetti e elementi che intervengono nel divenire del diritto, e rifugge dalla unilateralità.

Venendo più presso alla sua distinta teoria, bisogna ricordare l'importanza della sua concezione della decisione giudiziale.

⁽¹⁷¹⁾ William James, il fondatore del pragmatismo, non aveva troppa simpatia per il concetto holmesiano della vita come gioia e fine in sè. Holmes a sua volta non amava la « vena religiosa » che gli sembrava di scorgere nel fondo della filosofia del vecchio amico d'infanzia. I reciproci giudizi negativi si leggono in PERRY, *op. cit.*, II, pag. 251 e *Holmes-Pollock Letters*, cit., I, pag. 167. L'altro pragmatista, Dewey, era invece grande ammiratore del pensiero e del metodo di Holmes: ravvisava in lui l'esempio per eccellenza della « mente liberale » in azione (si veda l'articolo di Dewey nella raccolta di saggi *Mr. Justice Holmes*, edita a cura di Frankfurter, citata). Holmes ricambiava l'ammirazione di Dewey: vedi per esempio *Holmes-Pollock Letters*, II, pag. 287. Bisogna tuttavia riconoscere che Holmes non si elevò mai, propriamente, a un'idea « strumentalistica » del pensiero. D'altro canto egli è diviso da Dewey dalla radicalità dichiarata della sua sepsi e dalla sua visione distaccata e al tempo stesso fervida della vita, diversa affatto dal tono moralizzante e pedagogico del filosofo del Vermont. Quest'ultima differenza di visioni è probabilmente la scaturigine più profonda della differenza notevole che si deve tener presente (al di là dei tentativi deweyani di accostamento) tra il « liberalismo » conservatore di Holmes e quello socialisteggiante di Dewey. Proprio la sepsi, specie nella sua applicazione al giudizio valutativo — alla cui base starebbero irrazionali preferenze e disposizioni emozionali — sembra invece avvicinare Holmes addirittura a certe recentissime manifestazioni di neo-positivismo, che egli avrebbe trovate — si può congetturare — assai congeniali.

⁽¹⁷²⁾ Giova ricordare in proposito l'aspro giudizio negativo che Holmes fa in una lettera a Pollock dell'interpretazione in chiave di determinismo economico compiuta dallo storico Beard delle origini della Costituzione americana (*Holmes-Pollock Letters*, cit., II, pag. 223). Holmes concedeva una parte importante al « fattore » ideale negli svolgimenti del diritto, pur non ignorando il peso di quello economico, di cui si era mostrato ben cosciente fin dalla prima gioventù, come abbiám visto nella nota alla sentenza inglese relativa allo sciopero dei *gas-stockers*. Vedi per l'importanza delle idee nella storia del diritto *C. L. P.*, pag. 201-202.

le e dell'attività interpretativa, realistica e dinamica e contrapposta a quella meccanicistica, popolare in America al tempo in cui la sua apparve. Non importa che essa non assurga propriamente a trattazione filosofica e che si presenti come un semplice abbozzo racchiuso in poche pagine. Essa diede subito la percezione del fatto che i processi interpretativi avvengono necessariamente nell'unitaria totale esperienza umana. Holmes, con le sue constatazioni, che la coerenza logica è mera forma e che dal dato normativo per virtù di mera sillogistica non può dedursi un sistema, e che infine nei ragionamenti giuridici non può non entrare un elemento legislativo, pone i punti di partenza per le più ampie analisi di Cardozo e di Pound. Ma dalla concezione holmesiana della decisione giudiziale prende spunto anche la successiva scuola realistica, coi temi tipici che essa si propone: qual'è l'effettiva parte che — stante il regime dello *stare decisis* — ha la massa dei precedenti nella determinazione delle sentenze? Quale è il grado di prevedibilità di queste? Qual'è il grado dell'effettiva certezza del diritto, della sicurezza dei nostri diritti soggettivi?

Ma Holmes non si limita a porre alcune determinazioni di applicabilità universale relative alla decisione e alla interpretazione giuridica: ci dà praticamente, col suo metodo della valutazione degli interessi, della « esatta misurazione dei desideri sociali », nuovi concetti e criteri direttivi per l'interpretazione. Nuovi, vogliam dire, rispetto ai concetti e criteri che allora erano prevalenti in America: il metodo del ricorso, per lo sviluppo del diritto, per la ricerca di ragioni di analogia, alla storia, e il metodo del ragionare formalistico per rigida deduzione da concetti formati con analisi di ordinamenti del passato e tenuti fermi come verità giuridiche assolute.

Il valore di un metodo giurisprudenziale dipende da parecchie circostanze, ed è relativo ai bisogni che una società in un dato momento storico manifesta rispetto al suo diritto. Metodi come quelli or ora ricordati si adattano più a periodi in cui si

avverte una esigenza predominante di consolidazione e stabilità dell'ordinamento. Ma l'America sulla fine dell'ottocento era entrata nell'età dell'industrializzazione, e agli svolgimenti economici-sociali era ovvio e necessario corrispondessero sviluppi giuridici. Il metodo che i giuristi e i giudici americani leggevano in Holmes era meglio adatto a farli efficacemente partecipare ai processi di sviluppo. Con lo studiare il diritto in funzione sociale si sarebbe provveduto a una interpretazione evolutiva; nè si sarebbero impediti o distorti gli effetti pratici della nuova legislazione col seppellirla nelle pieghe di una dogmatica vecchia. Se si pensa inoltre che nei paesi anglosassoni la legislazione non ha quelle tradizioni di maturità e quelle capacità sistematiche che ha in altri, si intuisce, starei per dire, la maggior necessità di un metodo che avviasse a trattare il dato normativo, e specie quello di tradizione giudiziale, con coscienza dinamicamente protesa alla percezione dei bisogni presenti.

Una parte non piccola del merito del metodo di Holmes è che esso sottolinea l'aggettivo « sociale » qualificante gli « interessi » da considerare, e attribuisce ad esso un significato pregnante. In un ambiente culturale come l'americano, ove erano radicati, per l'efficacia di una lunga e gloriosa storia, l'ideale individualistico e la corrispondente mentalità, il richiamo all'elemento « sociale » era, in quelle circostanze, assai utile. Holmes fa ben comprendere che l'interesse alla sicura e autonoma vita individuale, libera quanto più da vincoli giuridici preordinati, è uno tra i tanti di cui bisogna tener conto. D'altra parte Holmes invita a non considerare la società in astratto, quasi entità statica: vuole la si consideri nella sua qualità di organismo che diviene, nella storia. Egli insegna a non imporre soluzioni che non rispondono allo spirito del tempo, alle possibilità che concede l'effettiva composizione delle forze operanti e potenti nel corpo collettivo.

Sotto tutti questi riguardi Holmes si pone veramente come iniziatore del nuovo pensiero filosofico-giuridico americano del

secolo ventesimo: questi vari accenni da lui dati sono altrettanti punti di partenza per esso ⁽¹⁷³⁾.

Fin qui il filosofo. Il giurista — il giurista geniale per capacità di tecnica elaborazione e rigoroso per dominio dal dato normativo — riflette nei giudizi che elabora le qualità dei concetti direttivi e dei metodi a cui si ispira.

Nella teoria generale della Common Law, Holmes imposta la sua costruzione tenendo al centro il concetto della socialità, in contrapposto agli indirizzi individualistici di tutta la giurisprudenza precedente dell'epoca moderna, da Coke in poi: era la strada che si avviava a battere non solo la scienza anglosassone, ma anche l'europea, in conformità alla nuova struttura economico-sociale di un mondo industrializzato. Egualmente rispondente alle nuove esigenze di un tale mondo, è — se non andiamo errati — la tendenza particolare, che si vede in *The Common Law*, a mettere in rilievo elementi e valori obiettivi così nella definizione dei criteri di responsabilità come dei principi che reggono il contratto — di contro alle precedenti tendenze troppo « soggettivizzanti » ⁽¹⁷⁴⁾.

Ma la parte della sua opera giuridica che contiene i risultati più importanti — il riflesso della sua impostazione filosofica e metodologica più grandemente rilevante per la materia su cui cade e per le ultime differenze pratiche che ne scendono — è senza dubbio l'interpretazione della costituzione americana. La esigenza che questa — un testo sacro e quasi intoccabile agli oc-

⁽¹⁷³⁾ Non appartiene a questo scritto — che ha una portata limitata ad Holmes e alle origini in lui del recente pensiero americano — il compito di illustrare gli sviluppi che pensatori e giuristi successivi hanno saputo dare ai punti di partenza holmesiani. Ci ripromettiamo di inquadrare quegli sviluppi nella immagine generale della filosofia giuridica americana di questo secolo e di esporre nei particolari le diverse tesi da questa elaborate muovendo sul terreno preparato da Holmes, in prossimi lavori.

⁽¹⁷⁴⁾ Pound ha fornito un rapido disegno del tendenziale distacco del nostro secolo dal criterio che pone al centro l'elemento della volontà individuale nel campo della responsabilità e del contratto, in *An Introduction to the Philosophy of Law*, cap. IV e VI.

chi della nazione — non venisse eretta a baluardo d'un sistema economico che i tempi avevano superato, cioè che le nuove condizioni storiche non potevano più tollerare nei suoi aspetti estremi, era stringente. L'indirizzo che tenne la maggioranza nella Corte fino al 1937 era quello di una giurisprudenza antiquata, legata a un ordine politico-giuridico che poteva convenire alla realtà del secolo diciannovesimo, ma ormai non più a quella del ventesimo, e che essa leggeva nella costituzione per certe sue idee pregiudiziali sulle funzioni e i fini e i compiti del diritto e dello stato. Holmes era messo in grado, dai suoi punti di partenza, di meglio apprezzare i segni del tempo, e di giudicare e decidere in conseguenza. Nella materia patrimoniale — nel metodo di giudizio sull'estensione della garanzia costituzionale alla proprietà e all'autonomia private e sui poteri del Congresso e degli stati a legiferare nel settore economico e a predisporre gli strumenti per l'intervento dell'azione pubblica in esso — la giurisprudenza della Corte dopo il 1937 ha seguito una via che molto assomiglia a quella che era stata indicata da Holmes: e non c'è forse miglior prova della complessiva adeguatezza della visione giuridica holmesiana in questo punto ⁽¹⁷⁵⁾. Ma un giudizio simile può farsi in fondo anche per gli altri settori della sua interpretazione costituzionale. Il suo forte senso dello stato centrale risponde a bisogni non transitori, ma di destino storico del popolo americano. La sua difesa della libertà di pensiero e di espressione è un monito a una comunità salda e compatta affinché non soffochi con pretesti i necessari lieviti di novità.

Ma accanto a queste qualità e meriti, il pensiero holmesiano conosce anche, e, a nostro avviso, chiaramente, dei limiti.

(175) È giudizio comune e unanime che l'indirizzo giurisprudenziale della Corte dopo il 1937 abbia rappresentato in questo punto un « ritorno a Holmes ». Vedi LERNER, *op. cit.*, pag. XLIX. Per uno sguardo complessivo alle decisioni recenti che costituiscono il « ritorno a Holmes » si può vedere WRIGHT, *op. cit.*, pag. 200-241.

Holmes è conosciuto presso il grande pubblico per alcune icastiche definizioni e soprattutto per quella del diritto oggettivo come « ciò che le Corti fanno in fatto ». Queste definizioni hanno una pluralità di riferimenti e quindi di effettivi significati nel concreto discorso holmesiano. Ma il pubblico ne ha colto specialmente uno tra i vari: e questi in effetti indica un punto caratteristico e fondamentale nel pensiero di Holmes. Il diritto è ciò che le Corti « fanno in fatto » e non può esser che questo, poichè le determinazioni dei valori su cui riposa qualsiasi sistema di principi e regole non posson essere che arbitrarie. Il diritto è, considerato nella sua ultima essenza, un fatto di pura forza, poichè i fondamentali valori, come le affermazioni di verità, sono nell'uomo necessariamente l'effetto di scelte non giustificabili. Appunto in codesto radicale scetticismo, sta a nostro parere il punto debole di Holmes.

Bisogna notare — ed è stato notato ⁽¹⁷⁶⁾ — che malgrado il suo scetticismo Holmes concepisce ed ha fede in una precisa filosofia etica. Noi abbiamo anzi rilevato sopra che i valori fondamentali di essa scaturiscono dal tener Holmes fermi dinnanzi a sè i due aspetti del reale che lo scetticismo immediatamente gli suggerisce: la finitezza dell'uomo e l'infinitezza dell'universo. In aggiunta, è ora doveroso far osservare — e la cosa serve al completamento del quadro delle qualità, disegnato sopra — che il mondo filosofico-etico holmesiano è aperto e sensibile a più valori e interessi, sì che si traduce in visione ricca e ampia della realtà umana, e sa anche mantenere un approssimato equilibrio tra i valori che percepisce, temperando l'uno con l'altro e impedendo all'uno di estendere il suo dominio sì da avvilire o schiacciare del tutto gli altri. Holmes apprezza la forza, l'energia effettiva, che solo i difensori di ideali astratti non vedono nel suo valore positivo, e senza la quale neanche gli ideali po-

⁽¹⁷⁶⁾ Per esempio da LERNER, *op. cit.*, pag. 372-373 e da WU, *op. cit.*, pag. 138 segg.

trebbero essere efficacemente serviti e attuati: ma non si abbandona all'attivismo sfrenato. L'intelligenza e il dubbio non divengono in lui ideali ossessivi, ma occupano un posto di strumenti ordinati alla pienezza della totale vita umana. I momenti superiori della vita hanno salde radici nel concreto. Codesta varietà di valori e il corrispettivo equilibrio si ritrova a un dipresso nel pensiero politico-giuridico. Holmes sostiene il diritto del gruppo più forte: ma certo egli non si riduce ad esaltatore dell'autoritarismo e della forza politica bruta, che repugnano al suo senso dell'intelligenza e della civiltà. Egli difende le libertà civili: ma non manca di conoscere i limiti che pur esse debbono incontrare per riguardo ad altri interessi collettivi. E via dicendo.

Ma il punto in questione è se codesta filosofia giustifichi se stessa sul fondamento della tesi scettica. E, a guardare bene, essa non par proprio poterlo.

Innanzitutto chi parte dallo scetticismo assoluto mantiene a capo della conoscenza e della prassi, del suo descrivere e valutare, un principio di scelta arbitraria: qualunque sua successiva affermazione di fatti o valori egli dovrà a rigore riconoscere, in base alla tesi scettica, affermazione particolare e non superiore in intrinseco a qualunque altra che piaccia ad altri, o a lui in altro momento, di fare. Lo scetticismo teoretico e pratico eleva a legge, nel discorso mentale di chi lo accoglie, l'arbitrio, la immediata inclinazione: ma questi posson con pari legittimità tener fermi e sviluppare gli aspetti del finito e dell'infinito nel mondo della prassi, come il contrario; possono avviare verso un equilibrio di valori, come alla rottura d'esso; e via dicendo.

Ma c'è poi un pericolo riposto nella tesi scettica. Essa sembra a rigore indifferente verso qualsivoglia scelta di valori. A lungo andare, peraltro, essa opera contro ogni visione d'equilibrio. Essa autorizza a proceder secondo la tangente della propria inclinazione; ma più si radica la coscienza di questa autorizzazione, più cresce l'abito a riguardare ultimamente arbitrario

ogni partito, ogni corso di pensiero e d'azione, e più si affievolisce nell'uomo la capacità a controllare l'impulso e s'avvilisce ogni seria coscienza morale, la quale abbisogna, per affermarsi, che non si creda che ogni valore è solo il riflesso di una disposizione contingente e transitoria. Se opera negli animi senza contrasti, avendo schiacciato ogni contraria ispirazione filosofica, la tesi scettica tende a lungo andare a favorire il brutale attivismo, il prevalere dei momenti men alti della realtà umana.

Per togliere la precarietà della sua coscienza filosofico-etica e per conferirle quella saldezza che le consenta di imporsi di contro a teorie e ideali opposti, Holmes dovrebbe ravvisare nell'uomo la capacità sicura di riconoscer se stesso finito di fronte all'infinito: e quindi dovrebbe riconoscer in lui una scintilla di infinitezza. Ma ciò implicherebbe passar oltre quel naturalismo cui egli è invece strettamente e irriducibilmente fedele.

Ma c'è di più. Già nello stesso Holmes si palesano, a guardare bene, alcune conseguenze negative di quelle che abbiano ora denunciato potenziali della scepsi. Il suo naturalismo, che si impianta sulla sua scepsi — tutt'assieme riflesso e giustificazione di essa — imprime al suo mondo filosofico-etico alcuni tratti caratteristici che limitano quella sensibilità pei valori e quella tendenza all'equilibrio che sopra avevamo detto essere di lui.

Non può dirsi infatti umanamente piena e compiuta una visione come quella di Holmes ove manchi — concessi pure i rimanenti valori — un vero palpito morale, un palpito che sappia affratellare e accomunare di fronte alle inevitabili sofferenze della vita e in ideali sentiti non come un mero potenziarsi della vitalità. Neppure può dirsi che Holmes raggiunga sempre un vero, pieno equilibrio. Tra i concorrenti valori e interessi l'equilibrio si ottiene con l'esatta ponderazione delle quantità, col disegno di una equa linea di conciliazione. Son questioni di misura. Ma Holmes, col suo intenso subordinare l'individuo alla specie, con la sua prontezza a dar via libera alla forza che riesce

ad affermarsi, sembra porsi, per principio, già in parte al di là di quella linea.

È difficile sottrarsi all'impulso di ricercare nell'opera giuridica che abbiamo sopra esposta i riflessi negativi di queste mancanze, così come vi abbiamo trovato i segni positivi che quella stessa impostazione filosofica vi ha impressi.

È stato notato ⁽¹⁷⁷⁾, per esempio, che le concezioni di Holmes relative alla Common Law hanno lasciato, nel complesso, minore impronta nella scienza del diritto americana di quella lasciata dalle interpretazioni relative al diritto costituzionale; e si è voluto trovar spiegazione di ciò nel fatto che Holmes ha voluto tenere lontano dai suoi ragionamenti ogni influsso « morale ». Il fatto è che nel sistema di Holmes la socialità cui egli tien fermo lo sguardo consiste semplicemente nel sacrificio inesorabile degli interessi dell'individuo che non sappia assurgere a un certo grado di condotta civile. Holmes segue il filo logico di questa idea, specie nel campo della responsabilità, con un rigore e un'assolutezza che lo portano a risultati talvolta disumanamente duri, che hanno ricevuto dure critiche ⁽¹⁷⁸⁾. La sociali-

⁽¹⁷⁷⁾ L'osservazione è di FULLER, *op. cit.*, pag. 97. Concorda parzialmente LERNER, *op. cit.*, pag. 368.

⁽¹⁷⁸⁾ Citiamo due tra i casi più discussi nel campo del diritto civile.

United Zinc Co. v. Britt. Si trattava di stabilire se il proprietario di un fondo fosse responsabile civilmente per la morte di due bimbi che, penetrati nel fondo, avevan fatto un bagno in una piscina lasciata colma d'acqua avvelenata. Holmes motivò la decisione della Corte Suprema (1922): la quale stabiliva la mancanza di responsabilità. A fondamento della decisione Hobues pone che un incapace, quando penetra senza permesso nel fondo altrui, non è di per sè meno versante in illecito di un adulto; che il proprietario non è di principio tenuto per quanto, senza suo dolo, può accadere a chi si introduce abusivamente nel fondo; che il principio che il lasciar nel fondo esposti alla vista di bambini cose che facilmente ve li attraggono equivale a un « invito implicito », è principio da applicarsi con « grande cautela ». Qui si manifesta la generica repugnanza di Holmes a dar peso alle condizioni e inclinazioni particolari dell'individuo e la sua tendenza a voler rispettati da tutti, rigidamente e obiettivamente, gli *standards* di condotta che la comunità giudica necessari a una convivenza civile (*M. and F.*, pag. 201 ss., con l'indicazione delle varie critiche alla decisione. Vedi anche REUSCHLEIN, *op. cit.*, pag. 100).

Baltimore and Ohio Railroad Co. v. Goodman. Qui Holmes fa applica-

tà di Holmes era in verità di tipo darwiniano: che sollecita senza pietà verso modelli di condotta convenienti al gruppo, ma non stringe veri legami, nè istituisce una cooperazione tra individui. Il giurista che leggeva Holmes propugnante gli interessi sociali di fronte a quelli dell'individuo, non doveva poi troppo indagare sul suo modo di intenderli: perchè l'epoca si avviava a misurarli con criteri spesso diversi dai suoi, e per esempio avrebbe badato ad attuare nel diritto certi valori di solidarietà che Holmes invece sembra ignorare.

zione della sua teoria relativa alle questioni di *negligence*, cui accennammo sopra a nota 83. Il caso concerneva la responsabilità civile di una compagnia ferroviaria per l'uccisione colposa di un automobilista cagionata da investimento di treno, a un incrocio incustodito di strada e binario ferroviario. La difesa della compagnia adduceva il concorso di colpa, il qual concorso, in Common Law, esclude totalmente l'esigibilità del risarcimento. Per valutare l'esistenza del concorso Holmes — che esprime l'*opinion* della Corte (1927) — pone, secondo la sua teoria, un modello preciso di condotta prudente: l'automobilista deve, a un incrocio ferroviario, fermarsi, se del caso scendere, constatare la libera via, e solo allora attraversare. Raffrontata a questo modello, la condotta in questione, seppur per ogni altro rispetto prudente, si palesava viziata di negligenza. A porre un modello di condotta così rigido e a pervenire a un giudizio così draconiano Holmes era sollecitato da vari aspetti del suo modo di vedere in materia di responsabilità e negligenza: dalla sua propensione a definire con nettezza e in astratto gli *standards* di condotta, sottraendoli all'incertezza della definizione caso per caso delle giurie; dall'inflessibile pretesa sua che il singolo si attenga strettamente a quegli *standards* o ne sopporti le conseguenze; ecc. Qui si palesano rigidità e durezza nella concezione holmesiana dei rapporti tra consociati e delle correlative responsabilità: rigidità e durezza che contrastano, se non altro, con quella tendenza alla « individualizzazione » nel diritto che Pound ha indicato propria del nostro secolo (*M. and F.*, pag. 205, con la nota delle varie, concordi critiche alla decisione. La giurisprudenza della Corte Suprema ha per questo punto superato, in seguito, i criteri rigidi di Holmes, adeguandosi a uno stile più « individualizzante »).

Due appunti marginali. In mezzo al coro delle critiche, Pollock giudicò favorevolmente queste decisioni di Holmes (vedi il suo articolo nel numero della Harvard L. R. del 1931, dedicato a Holmes, sopra citato; e vedi il molto perplesso giudizio di Cardozo sul giudizio favorevole di Pollock, in *CARDOZO, Selected Writings*, New York, 1947, cit., pag. 102). Con questi *rulings* Holmes in pratica contravveniva al suo atteggiamento non favorevole a una « Common Law federale » (vedi nota 169): poichè sovrapponeva la sua interpretazione del diritto comune a quella ben diversa prevalente negli stati la cui legge avrebbe dovuto essere applicata nei due casi,

Quanto alle interpretazioni costituzionali, non è difficile riportare a un vizio che ha la medesima ultima origine alcune per esempio che han sollevato critiche: e valga per tutte il ricordato caso *Buck v. Bell*.

In questi ultimi anni anche in America, in occasione della rinascita di una corrente di idealismo e di un nuovo giusnaturalismo, s'è cominciato, superando quello che quasi era diventato il mito Holmes, ad avvertire i limiti insiti nel pensiero di lui e le ultime origini d'essi ⁽¹⁷⁹⁾. In verità Holmes, alle soglie del secolo ventesimo, ha abbozzato le principali tendenze che, con frutto, il pensiero americano avrebbe sviluppato negli anni successivi, e ha indicato punti di partenza per felici ulteriori svolgimenti. Egli propugna, nel campo che fu il suo, — non bisogna dimenticare — il superamento degli ideali astratti e del pensiero astratto, del troppo facile e romantico fingersi una realtà che non è, e vivere su essa: alle quali cose assai indulgeva la mentalità americana precedente. Ma al tempo stesso egli con la sua scepsi ha in certo modo anticipato un'altra tendenza di diversa qualità, che farà la sua comparsa nel pensiero filosofico giuridico americano di questo secolo e che, spingendosi in taluno molto innanzi — molto più innanzi, certo, che non nel moderato Holmes — per le vie che le si aprivano di fronte, costituisce, a nostro avviso, il lato d'ombra di quel pensiero. Per questi motivi ci sembra che non a torto Holmes sia stato elevato a simbolo di tutta intera la recente fase della filosofia del diritto in America.

⁽¹⁷⁹⁾ Cito alcune tra le critiche, oltre quella, cui si è incidentalmente accennato, di Fuller: Mc KINNON, *The Secret of Mr. Justice Holmes*, in « American Bar Ass. Journ. », 1950, pag. 261, 345; LUCEY, *Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contribution to a Theory of Law in a Democratic Society*, in « Geo. Law Journ. », vol. 30, pag. 493 ss.; J. C. FORD, *The Fundamentals of Holmes Juristic Philosophy*, citato sopra. Per una risposta alle critiche: HOWE, *The Positivism of Mr. Justice Holmes*, in « Harvard Law Rev. », vol. 64, 1950, pag. 118, e WHITE, *La rivolta contro il formalismo*, cit., Appendice.