

CARLO CASTRONOVO

**« PRODUCTS LIABILITY » E « LEGAL REALISM ».
PRASSI GIURISPRUDENZIALE E TEORIA GIURIDICA**

SOMMARIO: 1. La crisi della *case-law* statunitense alla fine del secolo scorso. — 2. Il caso *Mac Pherson* e la teoria del *precedente*. — 3. Cardozo e il realismo giuridico. — 4. La tesi di Douglas sulla allocazione dei rischi. — 5. I rapporti tra dottrina e giurisprudenza in una recente teoria sui *costs of accidents*.

1. Anche se molte e disparate sono le cause che hanno condotto il diritto statunitense ⁽¹⁾ della responsabilità del produttore da una posizione decisamente caratterizzata dal criterio di *negligence* fino a certi risultati ultimi di *strict liability* ⁽²⁾, non pare azzardato attribuire, tra tutte, un giusto rilievo alla temperie spirituale instauratasi in America sin dai primi anni di questo secolo e segnata dal movimento del cosiddetto realismo giuridico. Senza volere qui approfondire circa precisi nessi di derivazione da esso della prima giurisprudenza sulla *products liability*, è tuttavia possibile sottolineare qualche significativa coincidenza.

Sul finire del secolo scorso l'evoluzione della *case-law* statunitense, che nei decenni immediatamente precedenti aveva vissuto un momento di rigoglioso fervore, mostrava evidenti segni di stanchezza, quasi si fosse improvvisamente inaridita la felice vena creativa, che in particolare nella teoria del contratto aveva

(1) L'evoluzione riguarda in termini analoghi anche il Canada: cfr. G. ALPA, *Circolazione dei prodotti e responsabilità del fabbricante in diritto nord-americano*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 423, nota 106.

(2) V. W.L. PROSSER, *The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, in *Yale L. J.*, 1960 (69), p. 1099 ss., dove il sottotitolo indica abbastanza significativamente la linea di tendenza che solo in tempi successivi alla pubblicazione del saggio sarebbe giunta a compimento. Per le linee essenziali dell'evoluzione, v. per tutti L.R. FRUMER - M.I. FRIEDMAN, *Products Liability*, I, New York, 1971, §§ 1-3; nella letteratura comparatistica italiana, oltre allo scritto cit. di Alpa, BESSONE, *Prodotti dannosi e responsabilità dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 97 ss. E inoltre, le due recenti monografie di G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, I, Milano, 1970 e di U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974.

dato vita a un filone notevolmente autonomo rispetto alle fonti originarie della vecchia Inghilterra ⁽³⁾. Ad uno scrittore recente è parso che in quel momento il sistema fin'allora edificato cominciasse a cedere sotto il suo stesso peso: « When the number of printed cases becomes like the number of grains of sand on the beach, a precedent-based case law system does not work and cannot be made to work » ⁽⁴⁾.

Il sistema fondato sul *precedente* entra dunque in crisi perchè diventato troppo ingombrante. La grande quantità di casi sottoposti alla giurisprudenza tende a trasformare l'originaria *regula juris* in una concrezione alluvionale nella quale diventa via via più difficile individuare il filo d'Arianna che mena alla decisione. Il precedente mostra le sue debolezze molto prima che il realismo giuridico muova con successo contro di esso, altrimenti individuato come regola dello *stare decisis*. Non si può negare tuttavia che in questo turbamento per molti versi endogeno il realismo giuridico americano abbia saputo inserirsi, fino a diventare il momento teorico espressivo della crisi stessa ⁽⁵⁾. Ciò si

⁽³⁾ Sul punto, v. G. GILMORE, *Legal Realism: its Cause and Cure*, in *Yale L. J.*, 1961 (70), p. 1040 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*², III, Bologna, (1972), p. 311 ss., con particolare riguardo a quello che proprio in quel momento diventò *case - method*, inaugurando anche in termini scientifici il formalismo giuridico. È significativo come appena qualche anno più tardi cominci la reazione antiformalistica annunciata dalle prime battute della celebre opera di O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, 1881, rist. Cambridge Mass., 1963, p. 5: « The life of the law has not been logic: it has been experience ». Il commento che ne fa B.N. CARDOZO, *Mr. Justice Holmes*, in *Harvard L. Rev.*, 1931 (44), p. 682 ss., ora in *Selected Writings*, New York (1947), p. 78, è quello che meglio ne mette in evidenza la funzione di rottura nei confronti di un attaccamento al precedente giustificato come tale: « The student of juristic method bewildered in a maze of precedents, feels the thrill of a new apocalypse in the flash of this revealing insight ». In merito alla aspirazione sistematica del *case - method*, v. A. GIULIANI, *Sistematica e « case - method » come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, 1958, p. 319 ss.

⁽⁴⁾ GILMORE, *op. cit.*, p. 1041.

⁽⁵⁾ « Realism was the academic formulation of a crisis through which our legal system passed during the first half of this century »: GILMORE, *op. cit.*, pp. 1037; v. pure p. 1047. Non si deve pensare tuttavia ad un movimento di pensiero avulso da un più ampio contesto culturale. La lotta anti-formalistica dei realisti si inserisce in quella più generale, condotta contemporaneamente in America contro il positivismo

verificherà in maniera più evidente con il c.d. neo-realismo ⁽⁶⁾, sviluppatosi a partire dagli anni venti, ma le radici del movimento affondano già in autori precedenti o contemporanei, come Holmes, Pound e Cardozo ⁽⁷⁾.

2. La crisi *fin de siècle* che afflisse la *case-law* fu caratterizzata nella sua fase acuta da un progressivo appiattimento giurisprudenziale, propiziato da un attaccamento formalistico al precedente ⁽⁸⁾. Di fronte al numero crescente di casi, che nel periodo anteriore avevano per ogni singolo istituto fatto rivivere criteri di decisione già adottati da altri giudici, sempre però con adattamenti particolari al conflitto specifico, lo spegnersi dell'originalità era insieme effetto e causa di una graduale acritica cristallizzazione del precedente medesimo. Reso ormai asfittico dai suoi stessi fedelissimi cultori, esso doveva di lì a poco morire di morte naturale.

Gli attenti alle vicende giurisprudenziali di quel periodo annotano che nel corso del secondo decennio del novecento « the whole tone of the decisions can be seen to have shifted... the

filosofico. Soprattutto il pragmatismo di J. Dewey serve a mettere in evidenza la natura problematica del pensiero giuridico, favorendo l'originaria tendenza di alienità dalle formalizzazioni dogmatiche propria della *common law*, alla quale è più congeniale una costruzione topica che una costruzione sistematica logico-deduttiva: sul punto v. G. CASPER, *Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin (1967), p. 23 ss., spec. p. 36 s.

⁽⁶⁾ Intesa in senso ampio l'etichetta *realistica* può riferirsi ad un intero movimento che, prima ancora di trasformarsi all'inizio degli anni trenta in vera e propria corrente di pensiero con il nome di neo-realismo, parte dai primi del novecento e copre mezzo secolo di vita giuridica americana (GILMORE, *op. cit.*, p. 1037; FASSÒ, *op. cit.*, p. 327 s.). In questo senso i due giudici più famosi che l'America contemporanea abbia avuti possono ben considerarsi *realisti*.

⁽⁷⁾ V. G. BOCNETTI, *Holmes, Pound e Cardozo*, Milano (1958); Id., *Intorno al concetto di giustizia nel neo-realismo giuridico americano*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1954, p. 573 ss., il quale fissa nel 1930, con la pubblicazione del saggio di K.N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence - The Next Steep*, in *Columbia L. R.*, 1930 (30), p. 431 ss., ora in *Jurisprudence, Realism in Theory and Practice*, Chicago (1962), p. 3 ss., la nascita del c.d. neo-realismo.

⁽⁸⁾ LLEWELLYN, *Impressions on the Conference on Precedent*, in *Jurisprudence*, cit., p. 119; FASSÒ, *op. cit.*, p. 312 s.

way of work with precedent has become noticeably different » ⁽⁹⁾. La sentenza più significativa, del 1916, è opera del giudice Cardozo, nel quale l'ampiezza dei poteri propri del giudice di *common law*, resa avvertita dall'attività di teorico del diritto, inventa una stagione di equilibrato rinnovamento nella giurisprudenza americana ⁽¹⁰⁾.

Il caso *Mac Pherson* ⁽¹¹⁾ è stato reso famoso anche presso di noi da coloro che si sono occupati del problema del danno da prodotti ⁽¹²⁾: esso fonda infatti in via generale la responsabilità del produttore in termini di *negligence*, cioè di violazione del *duty to take care*. Da qui si diparte una lunga teoria di sentenze la quale, prima attraverso il principio *res ipsa loquitur* — con il quale si realizza in buona sostanza un'inversione, a carico del produttore, dell'onere di prova della colpa — poi attraverso la *warranty* che già esclude la necessità della colpa ai fini della responsabilità, giunge alla *strict liability in tort* ⁽¹³⁾, con ciò segnando una delle evoluzioni più significative della giurisprudenza americana contemporanea ⁽¹⁴⁾. Perciò a ragione la sentenza resa da Cardozo viene considerata una *epic decision* ⁽¹⁵⁾.

⁽⁹⁾ LLEWELLYN, *op. loc. cit.*

⁽¹⁰⁾ Le opere teoriche più significative di Cardozo, *The Nature of judicial process* (1921), *The Growth of the Law* (1924), *The Paradoxes of Legal Science* (1928), *Jurisprudence, Address before the New York Bar Association Meeting* (1932), ora tutte riunite in *Selected Writings*, cit., seguiranno negli anni immediatamente successivi.

⁽¹¹⁾ *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 NE 1050 (1916).

⁽¹²⁾ V., con specifico riferimento all'evoluzione giurisprudenziale americana, BESSONE, *Prodotti dannosi... ecc.*, cit., p. 117 ss.; ID., *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controlli sull'impresa*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 217 s.; ALPA, *op. cit.*, p. 399 ss.

⁽¹³⁾ Anche la *strict liability in tort* del produttore è legata al nome di un altro giudice famoso, Traynor, che ebbe modo di affermarla prima in una *concurring opinion*, nel caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d. 453, 750 P. 2d 436 (1944) e finalmente in sentenza, nel caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 372 P. 2d 897 (1963).

⁽¹⁴⁾ Cfr. A.A. EHRENZWEIG, *Products Liability in the Conflict of Laws*, in *Yale L. J.*, 1960 (69), p. 794, il quale nota che lo sviluppo della responsabilità da prodotti dannosi è stato spesso indicato come il vero modello di sviluppo del sistema di *common law*.

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. BESSONE, *Prodotti dannosi... ecc.*, cit., p. 119.

Essa tuttavia assume ben altra dimensione ove se ne sottolineino le implicazioni sul piano più generale dell'equilibrio all'interno dell'ordinamento. Sotto questo profilo la decisione scardina uno dei principi più gelosamente difesi dalla *common law*, quello della *privity of contract*: per tal motivo la dottrina successiva ritiene doveroso annoverare l'evento tra quelli degni della grande stagione della giurisprudenza americana ⁽¹⁶⁾. Nel riconoscere al consumatore un'azione *in negligence* contro il produttore di un'autovettura, al quale il primo non era peraltro legato da alcun rapporto contrattuale, Cardozo non distruggeva tuttavia il principio di *privity*, ma lo ridimensionava entro confini logicamente corretti.

Il precedente al quale si era richiamata la giurisprudenza anteriore era quello del caso *Winterbottom v. Wright*, deciso in Inghilterra nel 1842 ⁽¹⁷⁾. In esso si affermava incompatibile con l'esistenza di un contratto tra *A* e *B* un'azione extracontrattuale di *C* contro *A*, per danni provocati da un comportamento di *A* che costituisse insieme violazione di un diritto assoluto di *C* e del contratto stipulato con *B* ⁽¹⁸⁾. Era un modo storico di inten-

⁽¹⁶⁾ « Occasionally in Cardozo there is a throwback to the great days: the most recent case I can think of in which an American court revolutioned a major legal doctrine in the field of private law is a case of Cardozo's: the date was 1916 »: GILMORE, *op. cit.*, p. 1045. La sentenza di Cardozo non è certo la prima a mettere in discussione il principio della *privity*: alla regola generale della non responsabilità nei confronti del terzo costituivano già eccezione almeno tre categorie di casi, di cui la più importante era quella della merce *imminently* o *inherently* pericolosa per la salute (cfr. PROSSER, *Law of Torts*³, St. Paul Minn., 1964, p. 659 s.). Ed è proprio al relativo *leading-case*, *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 397 (1852), che si richiama Cardozo nella sentenza. Il modulo mediante il quale la *privity* viene superata è costituito dall'ampliamento della categoria dei *dangerous instruments*, fino a ricomprendere in essa ogni nuovo prodotto da cui nasca una nuova possibilità di danno: così LLAWELLYNG, *Thre Phases of Cardozo*, in *Common Law Tradition*, Boston-Toronto, 1960, p. 432.

⁽¹⁷⁾ *Winterbottom v. Wright*, 10 M. & W. 109 (1842): ad esso si richiama espressamente la *dissenting opinion* del giudice Bartlett nel caso *Mac Pherson*.

⁽¹⁸⁾ « Una conclusione assolutamente arbitraria » la dice BESSONE, *Progresso tecnologico... ecc.*, cit., p. 217. In realtà qui ricorre una vera contraddizione sul piano logico: impedire ad un soggetto di agire in via extracontrattuale contro un altro soggetto, invocando il contratto che lega quest'ultimo ad un terzo, significa far dipendere

dere la *privity* e proprio perciò, quando esso fu sentito come un'insipienza da una coscienza più avvertita, fu spazzato via ⁽¹⁹⁾.

Non potè non avere presente la sentenza del caso *Mac Pherson* il suo autore ⁽²⁰⁾ quando, qualche anno più tardi, in un'altra

dal contratto un effetto giuridico negativo (non azionalibilità aquiliana) a carico di chi non è parte: che è proprio la negazione del concetto di *privity*.

⁽¹⁹⁾ È interessante notare come la stessa *privity of contract* fosse in passato invocata in Inghilterra ad escludere la responsabilità extracontrattuale nell'ipotesi reciproca di quella qui esaminata: dove il terzo commette un illecito aquiliano con l'assicurarsi contrattualmente la prestazione cui il *partner* si era già impegnato con un primo contratto nei confronti di altro soggetto, che risulta con ciò danneggiato: cfr. G. TEDESCHI, *La tutela aquiliana del creditore contro i terzi (con speciale riguardo al diritto inglese)*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 311. Si tratta dello schema secondo il quale si presenta in diritto inglese il problema della lesione del credito, vista più che come violazione del rapporto nato dal contratto, come causa di *breach of contract*.

Sia nel caso di lesione del credito contrattuale ad opera di un terzo, sia nella ipotesi di condotta lesiva del diritto di un terzo, la quale costituisca in pari tempo inadempimento del contratto (v. il caso *Winterbottom* cit.), il problema formale è identico: si tratta di vedere quali siano i limiti soggettivi di vigenza del contratto. Sul punto, così come si deve — in relazione alla seconda ipotesi — affermare la compatibilità tra inadempimento del contratto nei confronti del *partner* e illecito aquiliano nei confronti del terzo, perchè diverso è il titolo che ciascuno dei due danneggiati può invocare, altrettanto bene si potrà dire — in relazione alla prima ipotesi — che se è vero « che non vi può essere *breach of contract* da parte del terzo... non per questo, naturalmente, v'è ragione di esonerare il terzo dalla responsabilità aquiliana che gli incombe » (TEDESCHI, *op. cit.*, p. 306). Anche qui la spiegazione non può che essere la *diversità del titolo* su cui l'azione si fonda. Il *partner* deluso non agisce nei confronti del terzo per l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale — nè lo potrebbe proprio per il principio di *privity* retamente inteso — ma per la violazione del credito come *diritto* nato dal contratto. Il problema è stato, com'è noto, oggetto di grande dibattito anche presso di noi: v. per tutti, da ult., F.D. BUSNELLI, *Un clamoroso « revirement » della Cassazione: dalla questione di Superga al caso Meroni*, in *Foro it.*, 1971, I, 1286 ss. (ma v. già, più ampiamente, BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 146 s.), il quale per spiegare la non ostatività dell'art. 1372 c.c. all'affermazione di tutela aquiliana del credito, usa una formula di tipo descrittivo: « il problema dell'efficacia contrattuale (...) non va confuso con il ben diverso problema consistente nell'accertare se il contratto (...) possa o meno essere legittimamente disconosciuto dai terzi » (c. 1291).

⁽²⁰⁾ Dell'importanza di questa sentenza mostra di avere piena consapevolezza lo stesso CARDOZO, *The Growth of the Law*, in *Selected Writings*, cit., p. 203, il quale la menziona come uno dei momenti dell'evoluzione dell'ordinamento di *common law*. Egli si mostra tuttavia incerto circa l'effettiva portata dell'evoluzione medesima. Interrogandosi su questo problema in generale, egli afferma: « No doubt there is difficulty upon occasion, in fixing the point of time at which one process shades into the other » (p. 202). Rivolgendo poi l'attenzione all'evoluzione in tema di responsabilità

decisione affermava: « The assault upon the citadel of privity is proceeding in these days apace » ⁽²¹⁾. La frase, ripresa da Prosser ⁽²²⁾ come paradigmatica della linea di sviluppo che ha segnato negli Stati Uniti la problematica della responsabilità del produttore ⁽²³⁾, esprime significativamente la sensazione del profondo rivolgimento riguardante principi tanto radicati da apparire fino a poco prima immutabili. Il criterio della *privity*, che è pur sempre rimasto uno dei cardini della teoria del contratto di *common law* ⁽²⁴⁾, viene a trovarsi al centro di un processo di rinnovamento. L'assalto alla cittadella — per usare le parole di Car-

da prodotti dannosi, egli si chiede quale fosse lo stato dell'ordinamento prima del caso *Mac Pherson*, se cioè prima esistesse il vuoto di diritto, onde la sentenza avrebbe creato diritto *ex abrupto*, o invece una norma, che la sentenza stessa si sarebbe limitata a mutare: « Was there any law on the subject? ». La risposta è ancora in termini problematici: « Whether the law can be said to have existed in advance of the decision, will depend upon the varying estimates of the nexus between the conclusion and existing principle and precedent ».

⁽²¹⁾ *Ultramares v. Touche, Niven & Co.*, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (1941).

⁽²²⁾ *Op. cit.*, p. 1099 ss.

⁽²³⁾ Per gli sviluppi ulteriori, si veda, dello stesso PROSSER, *The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, in *Minnesota L. R.*, 1966 (50), p. 791 ss., dove attraverso un parallelismo con il riconoscimento dell'azione in *negligence* a favore del consumatore di cui al caso *Mac Pherson*, si attribuisce alla sentenza resa nel caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960), il merito della caduta della cittadella della *privity*. E in verità l'attribuzione di una *implied warranty* nata dal contratto (a prescindere dalla vessata questione se essa abbia o meno natura contrattuale), a favore di un terzo segna, questa volta in termini positivi, l'estendersi dell'efficacia del contratto al di là delle parti che lo hanno stipulato.

⁽²⁴⁾ Si veda, ad es., G.H. TREITEL, *The Law of Contract*³, London, 1970, p. 539, dove si parla di *continued existence of doctrine of privity*, richiamandosi una recente pronuncia della *House of Lords* nel caso *Beswick v. Beswick*, 2 All E.R. 1197 (1967) nella quale si respinge l'opinione che vede nella *privity* « at bottom... only a rule of procedure » e si riconferma l'impostazione classica. È da notare, in generale, che la giurisprudenza inglese è più legata di quella americana alle categorie tralatticce del sistema di *common law* e meno disposta ad andare oltre la tradizione: cfr., per quanto riguarda la responsabilità del produttore, ALPA, *op. cit.*, p. 422, nota 105.

Sulla diversa rilevanza che la regola *stare decisis* assume in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, osserva A. TUNC, *Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile*, in *Mélanges Jean Dabin*, I, Paris, 1963, p. 330 che mentre gli inglesi prestano ad essa ossequio, negli Stati Uniti le si riserva « un respect simplement relatif ». Ciò serve a Tunc per coonestare l'affermazione che « en fait, une certaine harmonie s'établit tout naturellement entre une société et son droit ».

dozo — condotto per linee esterne attraverso l'affermazione cardoziana di un'azione *in negligence* a favore del consumatore, interesserà in una fase successiva la stessa dimensione interna del contratto quando, attraverso il riconoscimento di una *warranty* a favore del danneggiato, saranno coinvolti nel rapporto contrattuale soggetti che non possono certo considerarsi parti in senso stretto del contratto ⁽²⁵⁾.

3. Quando questo processo di rinnovamento abbastanza spregiudicato diventa individuabile in misura rilevante è già entrato in scena il movimento del realismo giuridico ⁽²⁶⁾, che rappresenta la punta più avanzata della coscienza della crisi. Da esso infatti il principio *stare decisis*, nel quale veniva identificata la sclerosi giurisprudenziale del tempo, ricevette l'attacco più deciso. Questa significativa concomitanza tra l'orientamento della scuola realistica e l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza in tema di responsabilità del produttore deve essere sottolineata ⁽²⁷⁾.

La regola *stare decisis*, « invented at a time when judges thought in terms of patriarchal households and small-scale business » ⁽²⁸⁾, realizza negli ordinamenti di *common law* il principio di legalità ⁽²⁹⁾, inteso come continuità del sistema, che viene resa possibile dalla ripetizione di identiche *rationes decidendi* nelle deliberazioni su casi simili. Il porre in discussione il principio crea dunque, al livello delle categorie generali che reggono e caratterizzano l'ordinamento, la stessa sensazione di rivolgimento

⁽²⁵⁾ Sulla affermazione di responsabilità del produttore, nel caso *Mac Pherson*, come eccezione al principio della *privity* e ritorno al principio generale di comportarsi secondo diligenza, v. C.W. GILLAM, *Products Liability in a Nutshell*, in *Oregon L. R.*, 1958 (37), p. 142.

⁽²⁶⁾ Intendo qui il realismo giuridico in senso proprio, quello cioè indicato come neo-realismo.

⁽²⁷⁾ Un accenno all'influenza del realismo giuridico sulla sensibilità dei giuristi americani per le implicazioni economico-sociali, si trova in ALPA, *op. cit.*, p. 396, nota 13, che si richiama a G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

⁽²⁸⁾ W. FRIEDMANN, *Law in a changing Society*², London, 1972, p. 49.

⁽²⁹⁾ TARELLO, *op. cit.*, p. 16.

profondo che si può intuire nell'espressione di Cardozo sull'assalto alla *privity* nella vicenda giurisprudenziale che interessa la responsabilità da prodotti dannosi. Questo collegamento tra l'esperienza del diritto applicato e l'analisi condotta dai realisti sull'ordinamento in generale si delinea con chiarezza quando si sottolinea che proprio dal mutare della giurisprudenza — e quello in tema di responsabilità del produttore è uno dei punti in cui più sensibilmente si coglie la tensione tra il dato sociale in evoluzione e la giurisprudenza ancora attardata dai fantasmi di vecchi schemi, fino alla frattura che appunto conduce all'affermazione di responsabilità oltre il principio della *privity* — è possibile trarre lo spunto per mettere in evidenza la rottura della continuità, e dunque la funzione ormai solo mistificatrice della regola *stare decisis* ⁽³⁰⁾. Dall'altra parte, contemporaneamente, quasi in un moto circolare del quale non sia possibile individuare il punto d'origine, proprio la messa in discussione dello *stare decisis* funziona da catalizzatore per un più celebre abbandono, nella materia che ci occupa, dei principi ricevuti in tema di responsabilità ⁽³¹⁾.

La personificazione di questa interessante interazione tra teoria del diritto e prassi giurisprudenziale porta il nome di Cardozo, nel quale questi due elementi essenziali alla vita di ogni ordinamento hanno trovato una delle sintesi più felici. Della rilevanza fondamentale del caso *Mac Pherson*, da lui deciso, si è già detto sopra ⁽³²⁾. Quanto poi al suo orientamento come teorico del di-

(30) In realtà l'efficacia della regola veniva minata già in uno stadio anteriore mediante il ricorso massiccio dei giudici a *concurring* e *dissenting opinions*, che molto spesso fungevano da battistrada al mutamento di indirizzo della giurisprudenza (così TARELLO, *op. cit.*, p. 14).

(31) « The realists... created a professional climate of opinion which immensely facilitated the making of necessary adjustments within the traditional framework of our law »: così GILMORE, *op. cit.*, p. 1048.

(32) L'importanza della sentenza è ben sottolineata da N. REICH, *Sociological Jurisprudence und legal Realism in Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, 1967, p. 74: « 1916 verfasste Cardozo die Urteilbegründung im Falle *Mac Pherson v. Buick* und leitete auf dem Gebiet des common law eine ähnliche Entwicklung ein wie Holmes mit seinem Lochnerdissent in Bereich des Verfassungsrechtes ». Prosegue questo autore

ritto, anch'egli si scontra con il problema del valore attuale dello *stare decisis*, inserendosi con ciò nel punto in cui più vivace fu la critica al sistema condotta dai realisti. Non si può certo dire che la sua posizione coincida con quella di questi ultimi ⁽³³⁾, e tuttavia Cardozo ritiene di dover affermare che « the teachings of the neo-realists were and still are of great value to jurisprudence in ridding *stare decisis* of something of its petrifying rigidity », aggiungendo poi con una punta di orgoglio: « I have preached the same doctrine myself in a modest way, and in a still more modest way *I have practised what I preached* » ⁽³⁴⁾.

4. L'influenza dei realisti sulla *law in action* ⁽³⁵⁾ nordamericana va però, al di là delle affinità con Cardozo, ben oltre il punto specifico, per quanto importante, dello *stare decisis*. Viene proposta una nuova prospettiva da cui l'argomentazione giuridica deve procedere: « partendo dalle ragioni *sostanziali* e cioè, in ultima analisi, facendo leva sugli effetti di una determinata impostazione di un problema o di una determinata soluzione di un caso » ⁽³⁶⁾. Dove per *effetti* vanno intesi in primo

(*op. cit.*, p. 75): « Die praktische Bedeutung der Cardozoschen Entscheidung liegt darin, dass sie den Beginn eines neues Rechtsinstitutes, der *products liability*, darstellt ». E ancora, *op. cit.*, p. 123: « Cardozo hat in seiner opinion im Falle *Mac Pherson* eine *funktional-soziologische Methode* geschaffen, die eine richterliche Rechtsfortbildung und damit eine erhebliche Relativierung der *stare decisis*-Doktrin dann bejaht, wenn es die gesellschaftlichen Gegebenheiten zwingend erfordern ».

⁽³³⁾ *Jurisprudence, Address... ecc.*, in *Selected Writings*, cit., p. 7 ss., il cui nucleo centrale è costituito dal contrappunto, in chiave di critica costruttiva, alle tesi dei realisti, significativamente appellati *neo-realists*: dove è chiara l'idea di Cardozo di annoverarsi lui stesso, insieme a Holmes e Pound, espressamente menzionati, nella categoria di coloro che possono essere considerati realisti, anche se non appartenenti alla corrente di pensiero che tale si autoproclama, in realtà in maniera che può apparire *a bit over-pretentious* (p. 11).

⁽³⁴⁾ *Op. ult. cit.*, p. 13 (il corsivo è mio).

⁽³⁵⁾ Cfr. GILMORE, *op. cit.*, p. 1039, dove si sottolinea che per i realisti il significato più profondo di *law* è appunto quello di *law in action*.

⁽³⁶⁾ TARELLO, *op. cit.*, p. 83; LLEWELLYN, *Some Realism about Realism*, in

luogo quelli di natura economica ⁽³⁷⁾, ai quali il realismo giuridico si sensibilizza alla scuola di Veblen e degli altri istituzionalisti ⁽³⁸⁾. In questa luce diventa molto significativo per il discorso in tema di *products liability* notare come proprio uno dei realisti americani, William O. Douglas, nell'affrontare il problema della *vicarious liability* ⁽³⁹⁾, che tanti profili accomunano alla responsabilità del produttore, metta in evidenza i criteri che nella letteratura statunitense costituiscono, oggi più che allora, i capisaldi da

Jurisprudence, cit., p. 42: « Beyond rules lie effects ». È chiaro che qui si parla di effetti non nel senso proprio del mondo della natura, dominato dal principio di causalità, ma nel senso di *scopo*, come *causa finalis* giustificatrice di ogni atto volontario: cfr. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972, p. 17 ss. Proprio a Jhering i realisti americani possono essere accostati per un certo pragmatismo di fondo, come mette in luce TARELLO, *op. cit.*, p. 34, sia pure con l'avvertenza che simili accostamenti sono « qualcosa di assai generico » (sul pragmatismo di Jhering v. LOSANO, *Introduzione a Lo scopo ecc.*, cit., pp. LXXVIII, LXXXIV s.). Anche Cardozo enfatizza la causa finale rispetto alla causa efficiente (« not the origin, but the goal is the main thing... the teleological conception of his function must be lever in the judge's mind »: così in *The Nature of Judicial Process*, in *Selected Writings*, cit., p. 149 (e sul punto cfr. W.H. ROBERTS, *Justice Cardozo revisited, Phenomenological Contribution to Jurisprudence*, in *The Cath. Univ. of America L. R.*, 1963 (12), p. 92 ss.), che si richiama espressamente alla concezione dello *Zweck im Recht*, messa in evidenza come « Jhering's great contribution to the theory of Jurisprudence » (*op. loc. ult. cit.*). L'accostamento trascolora tuttavia nel riferimento a qualcosa di più generalizzato nella *Jurisprudence* americana: l'attenzione tipicamente pragmatica alle implicazioni fattuali. Lo si può chiaramente intendere in questa affermazione di R. POUND, *Sulle condizioni attuali della filosofia e della scienza del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 486: « Kohler accusò Jhering di avere un *ganz unphilosophischer Kopf*. Suppongo che questa frase descriva la maggior parte di noi anglo-americani che, come Jhering, ci preoccupiamo innanzitutto di come funzionano le cose ». Dove l'accostamento a Jhering, come si vede, non è più tipico di una determinata corrente di pensiero, ma diventa una simiglianza di mentalità prima che speculativa.

⁽³⁷⁾ TARELLO, *op. cit.*, pp. 47 e spec. 215. Come ricorda POUND, *Giustizia, diritto, interesse*, trad. it., Bologna, 1962, p. 127, l'interpretazione economica, come lui stesso la chiama, venne accolta nel primo decennio di questo secolo dal pensiero giuridico anglo-americano, « dove ancora oggi costituisce una forza di cui non si può non tenere conto, specialmente in America ».

⁽³⁸⁾ TARELLO, *op. cit.*, p. 43 ss., il quale sottolinea che tale influenza si esplicò più sul piano metodologico che su quello dei contenuti.

⁽³⁹⁾ W.O. DOUGLAS, *Vicarious Liability and administration of Risk*, in *Yale L. J.*, 1929 (38), cit. in TARELLO, *op. cit.*, p. 209 ss.

cui si cerca di far procedere l'intera problematica della responsabilità ⁽⁴⁰⁾.

In termini di assoluta attualità Douglas parla di allocazione dei rischi e di trasformazione dei rischi in costi, con la consapevolezza invero sorprendente che il problema centrale è « se le regole sulla responsabilità vicaria determinano una soddisfacente ed effettiva composizione di conflitti economici e sociali presenti nella società industriale in cui esse sono formulate » ⁽⁴¹⁾. Il Douglas rifiuta come non seriamente attendibile un criterio di responsabilità che si rifaccia a concetti dogmatici di origine psicologica ⁽⁴²⁾, affermando che la formulazione di regole giuridiche deve seguire il criterio dell'efficienza economica ⁽⁴³⁾. Perciò il problema del « compenso per la parte danneggiata certo viene prima, ma questo non può essere considerato separatamente dal problema della capacità delle parti, cui la perdita è allocata, a sopportarla » ⁽⁴⁴⁾.

Qui il realismo giuridico americano assume in termini netti la paternità di tanta letteratura giuridica e giurisprudenza succedutasi fino ad oggi sul problema della responsabilità in termini di rischio d'impresa e di *cost of accidents*.

5. Facendo specifico riferimento alla responsabilità da prodotti dannosi, un autore postosi decisamente in questa prospettiva ha da ultimo sottolineato che gli sviluppi che hanno condotto recentemente la giurisprudenza nordamericana ad affermare la *strict liability* del produttore abbisognano del necessario inquadramento in una teoria generale dell'evento dannoso e delle sue implicazioni giuridiche. E alla giurisprudenza che tale inquadra-

⁽⁴⁰⁾ Basta citare per tutti G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven-London, 1970.

⁽⁴¹⁾ DOUGLAS, *op. cit.*, p. 584.

⁽⁴²⁾ Cfr. TARELLO, *op. cit.*, p. 212.

⁽⁴³⁾ *Op. ult. cit.*, p. 210.

⁽⁴⁴⁾ DOUGLAS, *op. cit.*, p. 585.

mento in termini di *theory of accident law* non ha operato, perchè diverso è il suo compito istituzionale, egli offre i servigi della dottrina, la quale sola può razionalizzare i criteri di decisione attraverso l'elaborazione di un sistema generale della responsabilità ⁽⁴⁵⁾.

Si ripete qui a distanza di molti anni, s'intende su posizioni di dialogo ben più avanzate, il rapporto giurisprudenza-dottrina verificato nell'esperienza degli anni venti. Viene proposta una sorta di ripartizione delle competenze per cui la giurisprudenza, calata nel contatto immediato con le vicende conflittuali, risponde positivamente a richieste di giustizia formulate in termini nuovi; e la dottrina, dal canto suo, cerca di razionalizzarne i risultati e di andare anche oltre, là dove consente di giungere un metodo sistematico — ovviamente di genere totalmente diverso da quello sperimentato negli ordinamenti di legge scritta — svolto in tutte le sue implicazioni. La sensazione che se ne trae è di una rappresentazione dell'ordinamento come risultato esclusivo del connubio tra giurisprudenza e dottrina. Non è poca cosa per quest'ultima che, proprio perchè tale, può tendere a convertire in frustrazione l'impossibilità di operare immediatamente sul dato reale.

Impregiudicata la questione della legittimità di tale « proposta » nei sistemi di *common law*, pare lecito trarre un'indicazione per quanto riguarda direttamente il nostro ordinamento. L'allettamento è troppo evidente perchè lo si lasci cadere senza un momento di riflessione. Accettarlo in questi termini, tuttavia, significherebbe passare sopra indebitamente a un dato strutturale imprescindibile dei sistemi di legge scritta: la norma posta dal legislatore, la cui esistenza esclude un concorso di dottrina e giurisprudenza, nell'evoluzione dell'ordinamento, che non sia me-

(45) CALABRESI, *op. cit.*, p. 13 s. Si deve tuttavia sottolineare che l'intento principale di C. non è di dare un'opera sistematica in senso classico, ma di inserirsi piuttosto nel filone dei piani di riforma del diritto della responsabilità, particolarmente numerosi negli Stati Uniti, con l'intento di approntare gli strumenti per la relativa elaborazione (cfr. P. TRIMARCHI, *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 353, 356).

diato dall'interpretazione del dato positivo ⁽⁴⁶⁾. Conseguentemente non pare possibile risolvere in termini giuridici i problemi presentati all'interprete dall'evolvere della realtà sulla base di una teorizzazione pura e semplice delle esigenze di tutela. Si impone piuttosto una nuova teorizzazione del *dato positivo* elaborata nella prospettiva che le esigenze medesime illuminano ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Impregiudicata la questione, perchè non è questa la sede per porla, circa il valore e l'effettiva portata dell'opera dell'interprete.

⁽⁴⁷⁾ Nel vivo di questa problematica è stata coinvolta la nostra dottrina dall'opera di TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, che sul piano metodologico rappresenta, a mio avviso, l'unica vera soluzione di continuità tra passato e presente della civilistica italiana. Ai criteri elaborati da Trimarchi e da Calabresi dà ora ampio spazio, proprio in tema di responsabilità da prodotti dannosi, CARNEVALI, *La responsabilità*, cit.