

IL RAPPORTO TRA RAGIONE E DIRITTO

NELLA FORMAZIONE DEI SISTEMI GIURIDICI DELL'EUROPA
CONTINENTALE E DEL MONDO ANGLOSASSONE E NELLA
COSTRUZIONE ATTUALE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO
DELL'UNIONE EUROPEA

Paolo Maddalena

1. La razionalità del diritto. La riscoperta del diritto romano nel medioevo ed il Concilio lateranense IV del 1215. La grande opera sistematrice delle università medievali dell'Europa continentale

Dopo che le invasioni barbariche avevano profondamente alterato il senso del diritto, la riscoperta del diritto romano apparve come un'ancora di salvezza in una situazione che appariva fluida e confusa. Il diritto romano, infatti, era un monumento di sapienza giuridica, fondato sul riconoscimento di una ragione superiore, che impone di armonizzare gli interessi del singolo e quelli della collettività. A differenza delle leggi barbariche, che erano concepite come un *pactum* fra consociati, le leggi romane apparivano come *praecepta*, cioè come regole di vita improntate a razionalità e a principi di giustizia.

A Bologna, all'inizio del XII secolo, un illustre *magister in artibus*, Irnerio, prese l'iniziativa di *legere in legibus*. Le *leges* per antonomasia erano i testi del diritto di Roma, anche quello che per cinque secoli era stato dimenticato: il *Digesto*. Irnerio lo ritrovò; forse perché, come dice Goethe, «un libro viene ritrovato solo quando è compreso». Nella stessa Bologna, nella pace del convento di S. Felice, un monaco, Graziano da Chiusi, si staccò dai suoi stu-

di teologici e tentò una prima sistemazione di un eterogeneo materiale normativo, gettando le fondamenta di quello che sarebbe stato il *Corpus iuris canonici*. In un arco di tempo relativamente breve il diritto insegnato da questi uomini arrivò ad essere proclamato diritto comune di tutte le genti cristiane.¹

Diritto civile e diritto canonico attinsero ad una doppia matrice comune. Entrambi si ispirarono, oltre che al diritto romano, alla religiosità medievale, poiché non si poteva insegnare ai popoli del medioevo che una legge era la *vera et communis lex* se non si fosse dimostrato loro, sulla base di testi divini ed umani, che essa era la *sanctio sancta*, come ripeterà la Glossa «*divinitus per ora Principum promulgata*» (promulgata divinamente per bocca dei Principi). Ma quello che più conta mettere in risalto è che la riscoperta del diritto romano comporta innanzitutto la riscoperta della razionalità come principio informatore del diritto.

Il tema dei rapporti tra ragione e diritto è infatti un tema fondamentale, ed esso è lucidamente affrontato da un "classico" di diritto comparato: il noto testo di René David *I grandi sistemi giuridici contemporanei*.² Questo autore pone in evidenza che la razionalità del diritto, oscuratasi nell'alto medioevo, fu riaffermata dal IV Concilio lateranense del 1215, che vietò ai chierici di prender parte ai processi nei quali si facesse ricorso alle ordalie o ai processi di Dio.

Questa decisione segna una svolta decisiva. Lo studio stesso del diritto era infatti privo di un grande interesse pratico finché la soluzione delle liti fosse abbandonata a un sistema di prove non razionale. La decisione del IV Concilio lateranense, escludendo tale sistema, avrà come conseguenza, nei paesi dell'Europa continentale, l'adozione di una nuova procedura razionale, il cui modello verrà fornito dal diritto canonico.

¹ Cfr., ad esempio, F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1970, p. 164.

² Traduzione italiana a cura di R. Sacco, Padova 1980. Sui sistemi giuridici contemporanei vedi: F. De Simone, *Introduzione allo studio dei sistemi giuridici: vicende delle codificazioni continentali e dell'ordinamento della Common Law*, Napoli 1997; G. Ajani, *Casi e materiali dei sistemi giuridici comparati*, Torino 1998; A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano 1998.

La rinascita dell'idea di diritto è uno degli aspetti essenziali e necessari del rinascimento del XII e del XIII secolo. La decisione del Concilio lateranense interpreta chiaramente le idee e i sentimenti nuovi. Essa non indica tuttavia come sarà identificata l'idea di diritto, su quali basi il nuovo diritto sarà edificato.

Le università medievali del continente europeo, in grembo alle quali era avvenuta la rinascita degli studi di diritto romano, propongono una soluzione: rimettere in vigore, per l'appunto, il diritto romano.

È da notare a questo proposito che le università medievali mettono in risalto la missione del diritto; esse sottolineano il ruolo insostituibile che il diritto deve svolgere nella società. La rinascita degli studi di diritto romano è dunque, in primo luogo, la rinascita di una concezione che vede nel diritto la base stessa dell'ordine civile; essa significa inoltre che il vocabolario del diritto, le categorie in cui si collocheranno le regole, i concetti che si utilizzeranno saranno il vocabolario, le categorie e i concetti della scienza dei romanisti.

È bene sottolineare che le università non hanno mai preteso di imporre le soluzioni romane. Esse non sono mai state istituzioni sovranazionali, incaricate dell'applicazione del diritto: hanno detto semplicemente come bisognava concepire il diritto e, partendo dai testi romani, hanno cercato di mostrare quale fosse, secondo loro, il diritto migliore e come si potesse pervenire alla sua conoscenza. La loro è stata una semplice opera di persuasione; non è consistita nell'imporre l'uniformità per via di autorità.

Il diritto insegnato nelle università non è legato al passato, né ad un territorio; opera della ragione, è superiore alle contingenze o tradizioni locali. Gli si può chiedere di regolare i rapporti di tipo nuovo; è pertanto adatto ad offrire una regolamentazione accettabile da tutti nei rapporti fra estranei. Si tratta del diritto di una società universale, aperta all'avvenire, e per questo esattamente definito "diritto comune".

L'importanza che nelle università venne data alla razionalità del diritto fa capire perché nei secoli XVII e XVIII trionfò la Scuola co-

siddetta del “diritto naturale”, la quale portò alla sistematizzazione del diritto in modo eminentemente logico, ad imitazione delle scienze. Allontanandosi dall’idea di un ordine naturale delle cose voluto da Dio, essa vuole costruire l’ordine sociale nella sua totalità prendendo in esame l’uomo; essa esalta i diritti naturali dell’individuo scaturenti dalla personalità stessa di ogni soggetto. L’idea di diritto soggettivo tende a dominare il pensiero giuridico. Ricusando la concezione classica di un diritto derivante dalla volontà divina, riferendo tutte le regole all’uomo considerato come la sola realtà esistente, la Scuola del diritto naturale, impropriamente così chiamata, non vede più nel diritto un dato naturale, ma un’opera della ragione. La ragione dell’uomo è ormai chiamata a divenire la sola guida; all’epoca della filosofia dei lumi, ispirandosi ad un ideale di universalismo, i giuristi tenderanno a proclamare le regole di giustizia di un diritto universale, immutabile, comune a tutti i tempi e a tutti i popoli.

2. La formazione della *Common Law* ed i rimedi di *Equity* in Inghilterra

Il diritto comune dell’Europa continentale è assai differente dalla *Common Law*, che rappresenta un diritto uniforme applicato dalle Corti regie in Inghilterra.

Queste Corti, che risiedono a Westminster, partendo dalle consuetudini locali e risolvendo volta a volta casi particolari, danno luogo alla formazione di un sistema che ha regole proprie e struttura propria. È importante sottolineare che queste Corti possono essere adite solo a seguito di un’autorizzazione (*writ*) da parte del Cancelliere. Esse cioè intervengono soltanto se esiste nel caso di specie un interesse della Corona. Tutte le liti sottoposte alle Corti regie inglesi si configurano dunque come controversie appartenenti in qualche modo al diritto pubblico. Si tratta in sostanza di Tribunali d’eccezione, competenti solo in casi eccezionali, per ognuno dei quali esiste una procedura speciale. La necessità di piegarsi a

questi schemi processuali rigidi ha impedito in Inghilterra una recezione dei concetti del diritto romano. Queste procedure, per molti aspetti arcaiche, tipicamente inglesi, hanno costretto ogni volta a "naturalizzare" le idee che, quanto a sostanza, si potevano attingere dal diritto romano. La complessità ed il tecnicismo di queste procedure, d'altra parte, erano tali che solo la pratica poteva riuscire ad insegnarle. Una formazione universitaria, basata sul diritto romano, poteva essere utilissima a far trovare la soluzione esatta di un problema; non serviva però a vincere una causa. In Inghilterra la formazione dei giuristi e dei giudici resterà affidata, fino ai nostri giorni, soprattutto alla pratica; diversamente dai paesi del continente europeo, non si chiederà mai loro una formazione universitaria. È opportuno ricordare, a questo proposito, che la professione legale in Inghilterra si incentra sulla formazione di quelli che noi chiamiamo gli "avvocati del libero foro". Gli Inglesi distinguono la professione di *barrister* e quella del *solicitor*. L'attività del *barrister* consiste nell'assistenza giuridica alla parte e si svolge nella difesa davanti al giudice. L'attività del *solicitor* consiste nella rappresentanza in giudizio della parte. In sostanza, la funzione del *barrister* corrisponde a quella che noi tradizionalmente chiamiamo attività puramente difensiva; quella del *solicitor* corrisponde all'attività del procuratore legale, di chi cioè ha la rappresentanza in giudizio della parte e compie tutti gli atti necessari per lo svolgimento del processo. Si tratta di due attività che fino a qualche tempo fa, prima che una legge unificasse la figura del difensore e quella del procuratore, erano anche da noi ben distinte.

È da sottolineare che in Inghilterra è *barrister* chi abbia ottenuto l'abilitazione a tale professione da parte di uno dei quattro *Inns of Court* esistenti nel paese, che sono associazioni private tra *barristers*, rette da propri statuti. La vigilanza sulla professione e i procedimenti disciplinari sono di competenza dell'*Inn* al quale il *barrister* appartiene. L'ordine professionale dei *solicitors*, la *Law Society*, invece, ha fondamento in disposizioni legislative. L'appartenenza alla *Law Society* è requisito per l'esercizio della professione. L'iscrizione, che si ottiene superati gli esami di abilitazione, non ha

però carattere continuativo; è soggetta ogni anno a conferma da parte della *Law Society* previo controllo della condotta professionale e civile del richiedente. La laurea in giurisprudenza non è requisito essenziale per l'ammissione agli esami, così come non è requisito essenziale per l'ammissione agli *Inns of Court*, ma giova per la riduzione del periodo di pratica da cinque a tre anni e per il minor numero di esami da sostenere. È ammesso il passaggio da *barrister* a *solicitor* e viceversa. Frequente è anche il passaggio dal foro allo scanno di giudice; le nomine alla Corte di ultima istanza sono tradizionalmente riservate ai *barristers*.³

È da sottolineare inoltre che gli ostacoli incontrati dalle Corti di Westminster nell'amministrazione della giustizia avevano come risultato inevitabile che in numerosi casi non si desse alle controversie una soluzione conforme a giustizia. Alla parte non restava quindi che ricorrere direttamente al Re, fonte di ogni giustizia e grazia. Accadde dunque che dal secolo XIV in poi persone private, che non potevano ottenere giustizia dalle Corti regie, si indirizzassero al Re per domandargli di intervenire in via di grazia. Il ricorso, in un caso del genere, passava normalmente attraverso il Cancelliere; questi, che era il confessore del Re, incaricato di guidarne la coscienza, lo trasmetteva, se lo riteneva opportuno, al Re, il quale decideva su questo ricorso nel suo Consiglio. Nel XV secolo il Cancelliere diventa sempre più un giudice autonomo, e decide da solo in nome del Re e del Consiglio, i quali delegano a lui la propria autorità. Le sue decisioni, fondate all'inizio sull'equità del caso particolare, diventano sempre più sistematiche, facendo applicazione di dottrine equitative, che introducono altrettante aggiunte o correttivi ai principî giuridici applicati dalle Corti regie. Dopo il 1529 il Cancelliere non è più il confessore del Re o un ecclesiastico: si tratta sempre più spesso di un giurista. Egli esamina le suppliche che gli sono indirizzate in qualità di giudice vero e proprio, ma seguendo una procedura ispirata al diritto canonico, completamente diversa nei

³ Vedi, ad esempio, R. Oriani, voce «Avvocato» (*dir. comp.*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano 1959, pp. 665 ss.

principî dalla procedura seguita dalle Corti regie. In generale questi principî rispondono alla concezione rinascimentale di interesse pubblico e di giustizia meglio delle regole spesso arcaiche e sorpassate della *Common Law*.

Come agevolmente si può dedurre da quanto sin qui esposto, il diritto inglese possiede una struttura dualista. A fianco delle norme della *Common Law*, opera delle Corti reali di Westminster, esso comprende i rimedi d'*equity*, i quali permettono di apportare aggiunte e ritocchi alle norme di *Common Law*.

3. Differenze tra i sistemi giuridici della famiglia romano-germanica e di quello di *Common Law*

Il diritto sviluppatosi nel continente, al quale si dà il nome di "diritto di famiglia romano-germanica",⁴ è dunque profondamente diverso da quello sviluppatosi in Inghilterra, al quale, come si è visto, si dà il nome di *Common Law*.

Entrambi i sistemi si ispirano alla ragione, ma la logica che seguono è, per ragioni storiche, profondamente diversa e diversa ne appare pertanto la struttura.

Nella famiglia romano-germanica le regole del diritto sono concepite come regole di condotta, strettamente legate a preoccupazioni di giustizia e di morale. Determinare quali debbano essere queste regole è il compito essenziale della scienza del diritto. Assorbita da questo compito, la dottrina non si interessa molto dell'applicazione del diritto, che riguarda i pratici del diritto e dell'amministrazione. Dal XIX secolo, una funzione preponderante è attribuita alla legge, in quanto ognuno dei paesi che appartengono a questa famiglia si è dato un certo numero di codici. Un'altra caratteristica risiede nel fatto che, per ragioni storiche, questo diritto è stato ela-

⁴ Va forse precisato che il termine "romano-germanico" non deriva da una fusione tra diritto romano e istituzioni giuridiche proprie dei popoli germanici, ma si riferisce al diritto romano, in quanto assunto come elemento fondante del diritto elaborato nei paesi di lingua tedesca.

borato soprattutto per regolare i rapporti tra privati; le altre branche del diritto si sono sviluppate solo più tardi e meno perfettamente, partendo dai principî del diritto civile, che è restato a lungo la sede per eccellenza della scienza giuridica.

Si deve tuttavia sottolineare a questo riguardo che la Scuola del diritto naturale ha fatto riconoscere che il diritto deve estendersi alla sfera dei rapporti tra governanti e governati, tra l'amministrazione e i privati. Il diritto romano formulava la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ma ciò per lasciare il diritto pubblico da parte; i giuristi, prudentemente, non si avventuravano in questo campo riservato e pericoloso. La Scuola del diritto naturale ha posto fine a questo tabù. Le materie del diritto pubblico sono entrate nella sfera di cui si occupano i giuristi. Con successo variabile, essi sono giunti, dal XVIII secolo in poi, a costruire un edificio del diritto pubblico simmetrico a quello, tradizionale, del diritto privato.

Le caratteristiche tradizionali della *Common Law*, come si accennava, sono del tutto diverse da quelle della famiglia romano-germanica.⁵ La *Common Law* è stata formata dai giudici, che dovevano dirimere singole liti, e porta ancor oggi, in modo patente, il marchio di questa origine. La norma giuridica della *Common Law*, meno astratta di quella della famiglia romano-germanica, è una norma che mira a dare una soluzione ad un processo, e non a formulare una regola generale di condotta per l'avvenire. Le norme riguardanti l'amministrazione della giustizia, la procedura, la prova, e quella relativa all'esecuzione delle decisioni giudiziarie, hanno un interesse identico, e financo superiore, a quelle riguardanti il diritto materiale, dato che la loro preoccupazione immediata è quella di ristabilire l'ordine turbato, e non di fondare le basi di un ordine sociale.

Ancor più inimmaginabile è in Inghilterra l'idea di un corpo di norme che regoli i rapporti tra amministrazione e privati cittadini

⁵ Sull'argomento si veda ad esempio M. Rheinste, voce «Common Law-Equity», in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano 1960, pp. 914 ss.

e non esiste, di conseguenza, la possibilità di prevedere Tribunali amministrativi (i quali dirimano le controversie fra cittadini e Pubbliche Amministrazioni in riferimento alla presunta illegittimità degli atti amministrativi), in contrapposizione alle Corti di giustizia. Esistono tuttavia in materia amministrativa alcuni organi, chiamati *Boards*, *Commissions* o *Tribunals*, ai quali viene riconosciuta una competenza quasi giudiziaria, nel senso che le controversie devono essere vagliate da questi, prima di essere sottoposte alla *Supreme Court of Judicature*. Si tratta, in effetti, di "corti inferiori", composte di regola da non giuristi, le quali hanno la funzione di sollevare le vere Corti di giustizia da tutto ciò che non merita l'attenzione di queste ultime, piuttosto che la funzione di applicare il diritto esercitando un vero potere giudiziario.

Se si volesse riassumere in poche parole la differenza fondamentale tra la famiglia romano-germanica e quella di *Common Law*, si potrebbe dire che la prima, fondandosi sulla ragione, pone un insieme di norme generali ed astratte che creano, per così dire, il mondo del diritto, cui è affidato fundamentalmente il compito di creare l'ordine sociale; la seconda, invece, dà per scontata l'esistenza di un ordine sociale fondato su norme consuetudinarie non scritte ed assegna al diritto la funzione di ristabilire l'ordine sociale turbato risolvendosi così in norme che servono non alla creazione, ma all'applicazione del diritto. Anche qui, come si avvertiva, c'è un ricorso alla ragione, ma in una logica diversa: quella dell'applicazione, e non della creazione, del diritto.

È da avvertire comunque che, in epoca più recente, si è assistito ad un incremento senza precedenti nella legislazione inglese. L'importanza dell'attività legislativa del XIX secolo, tuttavia, non ha fatto perdere al diritto inglese il suo aspetto tradizionale: nessuna codificazione è intervenuta nel frattempo e lo sviluppo del diritto è rimasto sostanzialmente opera delle Corti.

La diversa prospettiva e quindi la diversa funzione in cui opera la norma giuridica nel sistema della famiglia romano-germanica e nel sistema di *Common Law* porta ad una diversa struttura degli ordinamenti giuridici.

Sotto il profilo della struttura, il diritto della famiglia romano-germanica è profondamente diverso rispetto a quello di *Common Law*. In quest'ultimo, al livello delle grandi partizioni del diritto, non troviamo né la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, né le divisioni, per noi naturali, del diritto civile, del diritto commerciale, del diritto amministrativo o della legislazione sociale. Al posto di queste grandi classificazioni ne troviamo altre, come quella, primaria, fra *Common Law* e *Equity*. Ad un livello meno elevato, quello dei concetti, restiamo egualmente disorientati, non ritrovando né l'idea di patria potestà, né quella di riconoscimento di figlio naturale, né quella di usufrutto, né quella di persona giuridica, né quella di dolo o di forza maggiore, e trovando invece i concetti nuovi di *trust* (una sorta di divisione della proprietà fra, diremmo noi, amministratore dei beni e titolare degli stessi), di *joint tenancy* (una sorta di comproprietà nella quale nessuno è chiamato a succedere al comproprietario che muore, cosicché il diritto, appartenente in origine a più persone, vede gradualmente restringere il numero dei suoi titolari ai soli superstiti), di *contract*, *tort*, *evidence*, e così via dicendo. Poiché non corrispondono a nozioni da noi conosciute, i termini del diritto inglese non possono tradursi nelle nostre lingue. Quando si cerca di tradurli a tutti i costi, si finisce il più delle volte per snaturarne il significato: il *contract* di diritto inglese non è il contratto di diritto italiano o francese, più di quanto l'*equity* non sia la nostra equità; *administrative law* non vuol dire diritto amministrativo, *civil law* non vuol dire diritto civile e *Common Law* non vuol dire diritto comune.

4. L'importanza dell'interazione dei due sistemi nella formazione del diritto comunitario dell'Unione europea

Eppure l'art. 100 del *Trattato di Roma*, ripreso dal *Trattato di Maastricht* sull'Unione Europea, impone oggi un riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, ed il confronto fra gli ordinamenti della famiglia ro-

mano-germanica e quelli di *Common Law* offre un'occasione davvero unica per la formazione di quello che si potrebbe chiamare un nuovo diritto comune.

Purché questo riavvicinamento sia anch'esso un'opera della ragione. E la ragione avverte che, se si vuol compiere opera utile, occorre procedere ad una integrazione fra gli ordinamenti esistenti, nel senso di costruire un sistema organico attingendo a questo o quell'ordinamento ai fini di soddisfare quelle esigenze sociali che ancora restano insoddisfatte a livello degli ordinamenti nazionali.

E, a voler restare ancora nel campo generale dei problemi, un dato essenziale emerge dal raffronto che si è testé effettuato tra il sistema romano-germanico e quello di *Common Law*: il fatto che il primo offre le regole generali da seguire ed il secondo propone strumenti per l'applicazione del diritto. A ben vedere, si tratta di due caratteristiche che rispondono a due fondamentali esigenze che restano insoddisfatte, nell'ambito dei due sistemi, a livello nazionale. Ne costituiscono riprova il rivelantissimo ricorso che si è fatto di recente in Inghilterra alla legge ed ai regolamenti ed il largo spazio che si tende a dare, negli ordinamenti continentali, ai temi dell'efficacia, dell'economicità e dell'efficienza, ed in ultima analisi al tema dell'applicazione del diritto.

5. La pedissequa applicazione di principî di *Common Law* negli ordinamenti della famiglia romano-germanica, ed in particolare di quello italiano. Necessità di mantenere uno stretto rapporto tra Ragione e Diritto

In questo quadro sorprende che negli ordinamenti della famiglia romano-germanica, ed in quello italiano in particolare, si tenda oggi ad una pedissequa applicazione dei principî di *Common Law*, filtrati per giunta attraverso l'esperienza americana. C'è soprattutto il tentativo di porre in secondo piano l'idea del "giusto", cardine essenziale degli ordinamenti di famiglia romano-germanica, per far prevalere l'idea dell'"utile". Si privilegia spesso, sul-

l'onda di una cultura tipicamente statunitense, l'analisi economica del diritto, quasi che il diritto non serva a far prevalere la giustizia (ed in ultima analisi un principio di eguaglianza, egregiamente espresso dal romano *suum cuique tribuere*), ma un principio economico, di modo che la soluzione di diritto sia quella meno costosa per i singoli e per la collettività. Si dimentica così che ciò di cui abbiamo bisogno non è un affievolimento dei principî di giustizia, ma la loro applicazione effettiva, per cui l'utile è da ricercarsi proprio nella realizzazione del giusto.

A parte questa enunciazione di principio, esistono poi casi sempre più frequenti di introduzione nei nostri ordinamenti di istituti di *Common Law* che finiscono per sovrapporsi a strutture esistenti (delle quali occorrerebbe solo assicurare l'efficienza), creando duplicazioni, costi aggiuntivi ed ulteriori inefficienze.

Un esempio tipico è il grande favore che incontra l'istituzione del difensore civico. Questa figura esiste nel sistema di *Common Law*, poiché tale sistema non conosce le giurisdizioni amministrative e si avverte pertanto l'esigenza di tutelare in qualche maniera gli interessi del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Ma i nostri ordinamenti sono, in questa materia, enormemente più avanzati di quelli di *Common Law*, poiché riconoscono la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi: perché allora bisogna far ricorso al difensore civico? Quello di cui abbiamo bisogno è un più efficiente funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia amministrativa, non di una figura priva di effettivi poteri ed assolutamente inidonea a questi scopi.

Altro evidente esempio nel quale si ricorre ad istituti anglosassoni senza tener conto della specificità del nostro ordinamento è quello che concerne la tutela degli interessi collettivi. C'è una figura, nel nostro ordinamento, completamente sconosciuta al diritto inglese, che è quella del pubblico ministero, organo magistratuale ed indipendente al quale è in via di principio affidato il compito di tutelare l'osservanza della legge e, quindi, degli interessi generali e collettivi. Questa figura si è affermata nel campo penale e, in vista della forte esigenza di tutelare gli interessi collettivi, dovrebbe affermarsi an-

che in campo civile ed amministrativo. Per giunta un pubblico ministero di questa fatta esiste già ed è il P. M. presso la Corte dei Conti. Senonché c'è una forte avversione a potenziare questo organo e quando si è trattato di introdurre nel nostro ordinamento la tutela degli interessi collettivi a proposito dei danni ambientali, si è preferito affidare il potere di agire in giudizio per il risarcimento di tali danni a favore della collettività alla stessa pubblica amministrazione e cioè agli stessi organi normalmente responsabili di quei danni medesimi. La logica conseguenza è stata che la legge n. 349 del 1986, che per l'appunto prevedeva norme in materia di risarcimento del danno pubblico ambientale, è rimasta praticamente inapplicata. Eppure si trattava di una legge che aveva pregi notevoli e costituiva davvero una pietra angolare nella costruzione di un sistema di norme a tutela degli interessi ambientali e degli interessi collettivi in genere. Essa, in particolare, ponendo il principio dell'antigiuridicità dei danni all'ambiente, era molto più avanzata del sistema seguito dalla Comunità europea sulla base del noto principio "chi inquina paga". Questo principio, infatti, ha natura economica e non sanziona l'illiceità del danno ambientale: inquinare, in altri termini, non è vietato, e la conseguenza è solo quella di pagare i costi dell'eventuale disinquinamento, che, essendo rimesso all'iniziativa della pubblica amministrazione, potrebbe anche mancare. Diversa è la previsione del danno ambientale come antigiuridico e del fatto dannoso come fatto illecito. In questo secondo caso c'è infatti l'obbligo giuridico di non produrre danni all'ambiente, cui consegue l'obbligo, altrettanto giuridico, di ripristinare l'ambiente compromesso o distrutto.

Una previsione legislativa molto più avanzata e raffinata di quella prevista a livello comunitario è così rimasta senza effetto ed è stata persino ignorata in un noto studio del *Bureau Européen de l'Environnement*, intitolato *Responsabilité environnementale en Europe. De la nécessité d'une directive européenne sur la responsabilité environnementale* (gennaio 1998), il quale invece porta a modello l'omologa legge tedesca, che è molto arretrata rispetto a quella italiana e non tutela affatto gli interessi collettivi, ma solo quelli individuali.

Altro caso davvero molto rilevante è quello delle *Authorities*. Giuliano Amato, parlando della sua «Autorità per la tutela della concorrenza», ha affermato che:

*«nel momento in cui un'impresa commette un abuso di posizione dominante, il danno che è segnalato da un singolo è un danno che se si è verificato ha riguardato l'intero mercato, e quindi l'interesse collettivo in questo caso è diretto, non è indiretto [...] qui non si tratta di ciò che fa una pubblica amministrazione che pondera discrezionalmente interessi, né di quello che fa il giudice civile in una normale vicenda di soluzione di un conflitto inter-privato. All'Autorità della concorrenza è affidato un interesse pubblico che è collettivo proprio, che di pubblico in chiave di schema autorità-libertà non ha assolutamente nulla, è privato collettivo, anziché essere privato [...] e che non è mai quello del solo consumatore che protesta, ma di una fascia indefinibile di consumatori».*⁶

Le Autorità indipendenti, dunque, sono state create soprattutto per tutelare interessi collettivi. Esse rispondono, quindi, ad un'esigenza fortemente sentita nella moderna società di massa, nella quale gli interessi della generalità dei cittadini sono spesso omologhi tra di loro e richiedono una tutela particolare nei confronti sia dei singoli, sia della Pubblica Amministrazione. Si è già fatto cenno alla tutela dei consumatori, ma si pensi anche alla tutela dell'ambiente e all'interesse certamente meritevole di tutela che tutti i cittadini hanno alla sua conservazione. Senonché, nel creare le Autorità indipendenti,⁷ non si è tenuto minimamente conto di tutta l'elaborazione che una certa dottrina italiana aveva fatto in tema di tutela di diritti collettivi e di interessi legittimi collettivi. In particolare, non si è affatto pensato alla possibilità di creare dei pubblici ministeri specializzati in materia e si è fatto ricorso ad una figura nuova per

⁶ G. Amato, in *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997, pp. 303 ss.

⁷ Sull'argomento: M. D'Antino, *Autorità garanti*, Ed. Eurocafi 2000, Roma 1999.

il nostro ordinamento (e cioè ad un organo nominato dai Presidenti della Camera e del Senato, che si afferma indipendente, che ha dei poteri interdittivi, ma non giudiziari), senza provvedere ad una sua precisa collocazione istituzionale nel quadro previsto dalla Costituzione vigente. Affidare la tutela degli interessi collettivi ad un organo comunque di natura amministrativa, inoltre, fa di questi interessi, come dicono i giuristi, degli interessi semplicemente protetti, che non assurgono affatto, com'è nelle previsioni della migliore dottrina che si è occupata di questo aspetto, a posizioni giuridiche effettivamente tutelate anche sul piano giudiziario. Con ciò ovviamente non si vuol negare l'utilità che può apportare l'istituzione di Autorità indipendenti, ma si vuol solo sottolineare che un'innovazione di tal genere ha bisogno di elementi di raccordo con tutto il sistema esistente.

Gli esempi, come si capisce, potrebbero continuare, ma sarà sufficiente ricordare ancora, sempre per restare nello stesso campo, che il nostro ordinamento conosce, a differenza non solo degli ordinamenti di *Common Law*, ma anche degli altri della famiglia romano-germanica, l'istituto della responsabilità amministrativa per danni prodotti allo Stato ed alla collettività da amministratori e dipendenti pubblici. Si tratta di un istituto di garanzia obiettiva degli interessi collettivi, affidata tra l'altro all'azione di un organo del pubblico ministero, che appare di fondamentale importanza per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione.

Ebbene, tale istituto, nelle previsioni del progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, veniva semplicemente soppresso. L'argomento forte in favore di tale soppressione era il fatto che si trattava di un istituto sconosciuto a livello europeo.

La costruzione di un ordinamento comune europeo deve far tesoro della diversità degli ordinamenti degli stati membri, ed in particolare della diversità dei sistemi della famiglia romano-germanica e dei sistemi di *Common Law*, e non si può pretendere di raggiungere il loro riavvicinamento attraverso una confusa sovrapposizione di norme o istituti, o addirittura attraverso irrazionali soppressioni. Al centro occorre porre il rispetto dei diritti dell'uomo, come

sancito dalla *Convenzione di Roma* del 1950 sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fattore, questo, nel quale può ravvisarsi l'elemento forte dell'identità europea, ma ciò bisogna fare rispettando ed utilizzando i molti elementi di diversità ai quali si è sopra fatto cenno. La ricchezza dell'Europa è non solo nella sua identità ma anche nella sua diversità.