

CORTE COSTITUZIONALE, FONTI E DIRITTO PRIVATO: UN'ANALISI COMPARATIVA.

1. INTRODUZIONE

Nell'affrontare il tema delle relazioni fra Corte Costituzionale e fonti (del diritto privato) in prospettiva di comparazione non si tarda a scoprire che l'analisi condotta a ridosso dei sistemi di Common Law, quasi un *must* di questa branca del sapere giuridico, è molto più di un passaggio obbligato. E ciò non per circostanze genericamente ambientali, ma per un dato strutturale di grande rilievo, che fra un attimo metterà conto porre in luce.

Nel nostro ordinamento giuridico un modo lineare di trattare il tema posto consiste nel chiedersi come la Corte Costituzionale incida sulle fonti primarie e, di rimbalzo, sul diritto dei privati. Si potrà poi disquisire su quali siano le tecniche e gli strumenti usati, sul rilievo quantitativo e qualitativo dell'attività del giudice delle leggi rispetto al settore coinvolto, sul se (e il come) l'intervento su quelle fonti influenzi in realtà l'intero sistema (attraverso l'elaborazione di principi generali ovvero – a cascata – stimolando i giudici ordinari alla disapplicazione delle fonti sub-primarie ritenute non conformi al dettato costituzionale). Inoltre, la recente riforma del Titolo V della Carta Costituzionale, statuendo il limite inerente l' "ordinamento civile" all'attività legislativa delle Regioni, induce a chiedersi anche se un sindacato in termini di (sfere di) competenza sulle disposizioni che interessano i rapporti fra i privati verrà svolto in modo diverso dal passato¹.

In ogni caso, si dà per acquisito, e non da ieri, che le pronunce della Corte possano riguardare indifferentemente le norme che regolano rapporti fra il cittadino e lo Stato ovvero quelle che disciplinano rapporti fra singoli *cives*, in cui nessun interesse pubblico (fatto salvo quello inerente la stessa posizione delle regole) viene in considerazione. Le pronunce di espunzione dal sistema di norme privatistiche --basti pensare, anche a prescindere dall'ovvio riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato, alle numerose decisioni che hanno (profondamente) modificato il diritto di famiglia disegnato dal legislatore del 1942, o a quelle afferenti al diritto di proprietà, prima fra tutte la storica decisione n. 5 del 1980 in materia di *ius aedificandi* – segnano i momenti apicali del più complesso intreccio lungo il quale si articola la 'via italiana' alla *Drittwirkung*², se si preferisce alla "efficacia orizzontale del diritto costituzionale"³.

¹ Nel presupposto che la locuzione indicata nel testo abbia una portata differente dalla formula "diritto privato", impiegata, prima della riforma. Sul tema, di recente, E. LAMARQUE, *Regoni e ordinamento civile*, Padova, 2005, nonché, da ultimo, V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2005, 1301 ss.

² La teoria della *Drittwirkung* si è formata in seno al risalente e amplissimo dibattito tedesco sui rapporti tra costituzione e diritto privato (nell'ovvia impossibilità di tentare una pur sommaria ricognizione della letteratura – sforzo davvero epico, cui ha messo mano di recente M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen, 2001, che postilla il lavoro con una bibliografia di oltre 50 pagine –, può essere utile rinviare ai contributi, fra gli ultimi in ordine cronologico, di C. STARCK, *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court*, in D. Friedmann e D. Barak-Eretz (eds.) *Human Rights in Private Law*, Oxford e a., 2001, 97, e A. HELDRICH e G. M. REHM, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, *ibid.*, 113; in particolare, sul superamento, implicito, della *mittelbare Drittwirkung*, v. J. ESCHENBACH e A.F. NIEBAUM, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung*, 13 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 11 (1994), 1079, 1081; W. ZÖLLNER, *Regelungsspielräume in Schuldvertragsrecht*, 196 *Archiv für die civilistische Praxis* 1-2 (1996), 1, 6, 10-11; T. MAYER-MALY, *Was leisten die guten Sitten?*, *id.*, 1994, 105 ss., spec. 136 ss., e già C.-W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, *id.*, 1984, 201 ss.; sul rapporto tra l'impostazione tradizionale in termini di effetti indiretti ed il nuovo indirizzo della *grundrechtlicher Schutzpflicht*, v., fra gli altri, G. HERMES, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?*, 41 *Neue Juristische Wochenschrift* 29 (1990), 1764, at 1765; I. VON MÜNCH, *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*, in I. von Münch, P.S. Coderch and J.F. i Riba, *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Frankfurt am Main e a., 1998, 7, 24 ss.; C. HILLGRUBER, *Abschied von der Privatautonomie?*, 28 *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1 (1995), 6; R.

Ben diversa l'impostazione del problema nei Paesi di Common Law. E ciò, paradossalmente, proprio in ragione di quello che viene tradizionalmente indicato come il principale elemento di distinzione rispetto ai sistemi di Civil Law, anche al di fuori degli studi di diritto costituzionale comparato: la funzione di *law-making* affidata – mai in termini così espliciti, ma certamente nei fatti – alla giurisprudenza. Tale funzione induce a chiedersi se ed in quali limiti sia ammissibile un controllo di costituzionalità del precedente giurisprudenziale; e la domanda, a sua volta, porta ad indagare in ordine al profondo legame che intercorre fra il tema delle fonti e quello della disciplina del rapporto fra i privati. Invero, di là dal rilievo che gli *statutes* hanno più di recente assunto, una tradizione pluricentenaria affida alla 'saggezza del regno' ed alle sue consuetudini la disciplina di quei rapporti, assegnando ai giudici (secondo le varie articolazioni della teoria dichiarativa o creativa) il compito di individuarla ed applicarla. Quindi, stando alla stessa struttura di quei sistemi, il common law s'identifica, per larga parte, con il diritto privato, al punto che interrogarsi sull'esperibilità di un controllo di costituzionalità delle decisioni che applicano le cosiddette *background rules* equivale a chiedersi se il diritto privato (o, se si preferisce, la sua fonte principale) sia soggetto ad un tale tipo di sindacato.

Presentata in questi termini, la questione potrebbe apparire, agli occhi del cultore nostrano di studi costituzionali, di scarso momento o, per meglio dire, condizionata da mere *technicalities* sistemiche: se il precedente detta la regola, il controllo di costituzionalità non può che passare per la revisione della *ratio decidendi* divenuta vincolante in virtù dello *stare decisis*. Ma, a veder bene, le difficoltà hanno radici assai più profonde. Attengono, come meglio si dirà in prosieguo, alla convinzione che la tradizione di Common Law reifichi un'atavica integrità, e dignità, che mal si conciliano con la possibilità di un controllo esterno, tanto più ove si consideri che la carta costituzionale promana – e non potrebbe essere altrimenti – dagli stessi valori e principi di cui è espressione storica il common law, sino a far apparire implausibile un approccio in chiave d'ispezione dall'esterno; all'idea che il diritto costituzionale appartenga alla dimensione pubblicistica, abbia quindi una vocazione 'verticale', intesa a regolare il rapporto fra Stato e cittadini, senza possibilità di ricaduta sui rapporti interprivati, pena lo sconfinamento in incubi orwelliani; alla rivendicazione della 'neutralità' del common law, sotto il profilo distributivo e, perciò, del suo carattere pre-politico⁴, almeno sin tanto che il suo dispiegarsi non venga alterato,

SINGER, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 50 *Juristenzeitung* 23 (1995), 1133, at 1135-1137). Il modello, di grande prestigio, è referente obbligato di ogni riflessione in materia; ma, di là dalle evocazioni di prammatica, la sua circolazione è resa problematica dall'elevato livello di complessità che ne ostacola la piena metabolizzazione e produce, spesso, fraintendimenti plateali (denunciati con forza, da ultimo, da S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, 102 *Mich. L. Rev.* 387 (2003)); senza dimenticare l'ombra proiettata da talune ambiguità concettuali, che continuano a travagliarne l'impianto (v., ad es., i rilievi critici di O. GERSTENBERG, *Private Law and the New European Constitutional Settlement*, 10 *European Law Journal* 766 (2004)). Per altri riferimenti – nonché a riprova del rilievo del tema rispetto all'argomento trattato –, si veda il recente testo di M. ESPOSITO, *Profili costituzionali della autonomia privata*, Padova, 2003, 5 ss., ove il rapporto fra Costituzione e diritto privato viene esaminato con particolare attenzione al concetto di autonomia privata.

³ Sulla 'costituzionalizzazione del diritto privato' (formula alternativa, e per il vero più comprensiva, che si ritrova, per es., in G. ALPA, *The Constitutionalization of Private Law in Italy*, 2 *Or. Rev. Int'l Law* 83 (2000)) ed i suoi variegati percorsi, v., a mo' di primo inventario, A. CERRI, *La Costituzione ed il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, II ed., I, Torino, 1999, 127 ss.; e già i saggi (raccolti da A. GAMBARO e R. PARDOLESI) in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorosso e V. Varano, I, Milano, 19853 ss.. Per chi voglia cimentarsi nel vaglio della reale incidenza delle decisioni della Corte Costituzionale di rilievo privatistico, si segnala il recente studio a cura di M. BELLOCCI, *Il diritto civile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, pubblicato dal Servizio studi della Corte in cui si trovano indicate (seguendo la sistematica codicistica) tutte le pronunce intervenute dal 1956 in avanti nella materia che qui interessa.

⁴ L'approccio evocato nel testo potrebbe apparire, secondo i punti di vista, arcaico o semplicemente 'conservative', in un caso e nell'altro rinviando alla filosofia sottesa al celeberrimo (quanto deprecato) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): bandiera a lungo onorata (sino, almeno, al 1937) di un orientamento liberista e giudizialmente reattivo nei riguardi delle riforme sociali del legislatore (non si dimentichi che, in nome della libertà contrattuale, la decisione bocciò, perché in contrasto con il XIV Emendamento, una legge dello Stato di New York che proibiva orari di lavoro settimanali, per i fornai, sopra le 60 ore), che oggi convoglia, in ambito giuridico statunitense, diffusa

appunto, dalle finalità promosse a livello pubblicistico; talora, alla ripartizione di competenze tra corti federali e statali. Queste e altre ragioni danno conto del perché quel che appare scontato ai nostri occhi – la possibilità del vaglio costituzionale della disciplina privatistica — non lo sia affatto nei sistemi di Common Law: basti dire che, in taluni quadranti (quello statunitense su tutti), continua a registrarsi una marcata “reluctance of [...] Courts to subject common law doctrines to constitutional-normative assessment”⁵.

Peraltro, il ruolo di *law-maker* affidato alla giurisprudenza nei Paesi di Common Law non può non incidere sulla stessa ‘struttura’ dello scrutinio di costituzionalità (basti por mente al caso limite del controllo diffuso, dove, sul filo del paradosso, il giudice, che ‘estrae’ la regola, è chiamato a verificarne la congruità rispetto al dettato costituzionale); ed anche per tale ragione se ne deve tener conto quando si esamina in prospettiva di comparazione il tema posto (sebbene la questione inerente la ‘tipologia’ degli strumenti volti ad assicurare il rispetto della carta fondamentale sia, a rigore, meno vicina alla problematica delle fonti). Per inciso, l’esperienza continentale presenta modelli abbastanza variegati di controllo di costituzionalità⁶. Quello successivo ed affidato ad un organo ‘tecnico’ è certamente il più diffuso. Ma, in nome della supremazia parlamentare, l’esperienza francese rimane tendenzialmente fedele al modello del controllo preventivo e politico (in parte condiviso da quella Portoghese precedente alla legge di riforma costituzionale del 30 settembre 1982), anche se con un *Conseil Constitutionnel* che lavora intensamente per allargare il parametro di costituzionalità fino ad includervi il Preambolo della (precedente) Costituzione del 1946, i “principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della repubblica” (ai sensi di tale Preambolo) e la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789⁷. Ancora, sebbene in molti sistemi il vaglio (incidentale) scaturente da una controversia concreta sia quello più rilevante, numerosi ordinamenti non rinunciano al controllo astratto di costituzionalità, rimettendolo ad esempio all’impulso di una frazione delle assemblee rappresentative (cioè dei membri del *Bundestag* in Germania, di quelli del Consiglio Nazionale in Austria, di quelli dell’Assemblea della Repubblica in Portogallo, nonché dei deputati o dei senatori in Spagna)⁸. E quantunque la legge (o, in ogni caso, la fonte primaria) sia campo elettivo per l’operato dell’organo deputato al vaglio di legittimità costituzionale, in alcuni ordinamenti è ammesso che il singolo cittadino possa ricorrere direttamente contro gli atti di qualsiasi pubblica autorità che ledano i suoi diritti fondamentali.

esecrazione, anche se non sempre in forza di motivazioni omogenee. La condanna a raggio allargato del *Lochnerism* – a volte addirittura indicato come *Lochner Era* – è in buona misura legata alla rilettura offertane da S. SUNSTEIN, *Lochner’s Legacy*, 87 Colum. L. Rev. 873 (1987), in termini di vaglio costituzionale impostato su una presunta *baseline* di neutralità corrispondente all’ordine di mercato, così come conformato dalle regole di common law (nemmeno a dirlo, il *mainstream* attuale ha i suoi detrattori: v., ad esempio, D.E. BERNSTEIN, *Lochner’s Legacy’s Legacy’s*, 82 Tex.L.Rev. 1(2003)). Qui, però, occorre intendersi: *Lochner* appartiene, certo, ad un passato senza ritorno; ma non si può dire altrettanto della convinzione che, in prospettiva di coerenza costituzionale, il common law costituisca, a tutto concedere, il *tertium comparationis*, non mai il suo oggetto (più in chiaro: se la costituzione assume come dato di partenza il – se si preferisce, nasce dal – common law, deve escludersi in via pregiudiziale qualsivoglia incompatibilità).

⁵ Così F.I. MICHELMAN, *The Bill of Rights, the Common Law, and the Freedom-friendly State*, 58 U. Miami L. Rev., 401, 411 (2003).

⁶ Modelli che – anche in virtù della loro autorità culturale—sono stati oggetto di non pochi ed anche recenti fenomeni di circolazione (si pensi all’influenza esercitata sulle costituzioni dei Paesi dell’Est europeo, anche a seguito della transizione post-socialista). Per una sintetica illustrazione dei diversi modelli di controllo costituzionale, G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 2003, I, 186 ss. (ove, vol. II, anche vari riferimenti alla transizione dei Paesi socialisti).

⁷ Sul controllo di costituzionalità sistema francese A. DE VITA, *I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese. Il Conseil constitutionnel fra nuovi compiti e nuove responsabilità*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, fasc. 1, 41 ss., nonché più di recente, P.G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato – Il sistema francese*, Milano, 2001, 125 ss.

⁸ Secondo quanto riporta DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale cit.*, I, 191. Sul controllo di costituzionalità nel sistema spagnolo si veda anche G. ROLLA, *Giustizia costituzionale e indirizzo politico in Spagna: prime riflessioni sull’esperienza del Tribunale costituzionale in Spagna*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, fasc. 1, 107 ss.

Sta di fatto, comunque, che i sistemi continentali fanno riscontare una scarsa propensione per il controllo diffuso (con la parziale eccezione della Grecia⁹), nonché ad attuare il modello del controllo accentrato affidandosi ad un organo *non* appartenente all'ordinamento giudiziario ordinario (fa storia a sé l'Irlanda, che non a caso non si trova sul continente). Nella sostanza, l'implementazione dei modelli di Civil Law rivela un certo sospetto per l'apparato giudiziario, che certo non sussiste negli Stati Uniti (forse per la perdurante influenza dell'impostazione *à la Montesquieu* ovvero perché non hanno sperimentato una monarchia 'forte' come quella inglese). E se si ricorda che le corti di Common Law sono preposte soprattutto alla ricognizione/elaborazione delle norme che interessano i rapporti fra i *cives*, diviene evidente che i limiti all'operatività delle costituzioni rispetto al diritto dei privati – primo fra tutti quello derivante dalla *state action doctrine*, che costituirà uno dei fili conduttori dell'esposizione – trovano sui due versanti ragioni profondamente diverse; con l'ulteriore conseguenza che la somiglianza fra alcune problematiche relative a quella (sfera di) operatività è di carattere più tecnico che strutturale, anche se ciò non deve indurre a svalutarne l'impatto operativo (come si ribadirà meglio in chiusura).

Sulla scorta di queste precisazioni, possiamo tornare alla traccia di confronto comparativo per prima individuata seguendo la quale cercheremo di illustrare come la questione (inerente il controllo di costituzionalità del precedente giurisprudenziale e, per tale via, del diritto dei privati) viene affrontata negli Stati Uniti d'America, per poi allargare l'indagine (sebbene solo per cenni) ad altre tre fondamentali epifanie del Common Law – Canada, Australia e Sud Africa – e svolgere infine, se ci sarà dato, qualche considerazione conclusiva ed a mo' di comparazione di ritorno¹⁰.

2. AL DI LÀ DELL'ATLANTICO: IL NODO DELLA *STATE ACTION DOCTRINE*

Com'è noto, negli U.S.A. il controllo di costituzionalità degli atti normativi non è operato da un giudice specializzato a ciò preposto, ma può essere posto in essere da tutti i giudici, federali e non, in occasione della decisione di una controversia concreta. Infatti, la *judicial review* non è appannaggio esclusivo della Corte Suprema, anche se va considerato che l'efficacia *erga omnes* delle decisioni in merito a questioni di legittimità costituzionale è legata a doppio filo alla struttura del sistema giudiziale. La stabilità della singola pronuncia dipende dalla posizione dell'autorità che la rende, in quanto la regola della vincolatività del precedente opera solo fra giudici sott'ordinati o di pari grado; ma proprio tale regola, per converso, assicura che la pronuncia di incostituzionalità non si risolva in una mera disapplicazione della legge e/o singola affermazione di un diritto costituzionalmente garantito che nessun effetto (al di fuori di quello della *moral suasion*) esplica per i giudizi futuri: va da sé, per intendersi, che, ove attraverso il sistema delle impugnazioni la

⁹ In cui, secondo quanto spiega DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale cit.*, I, 193, è stata istituita "una corte suprema speciale che decide sulla costituzionalità delle leggi quando si sia prodotta una giurisprudenza difforme da parte delle supreme magistrature dello stato (e quindi dopo una fase in cui il controllo di costituzionalità si sia svolto ad opera dei giudici in forma diffusa)".

¹⁰ Il sistema inglese non viene in questa sede considerato in quanto – essendo ancora radicata l'idea affermatasi con la *Glorious Revolution* del 1688 secondo cui la *Parliament Supremacy* non tollera eccezioni – all'apparato giudiziario non è demandato il compito di effettuare un controllo costituzionale delle fonti del diritto e, *a fortiori*, delle regole che disciplinano i rapporti fra i privati. Peraltro, va ricordato che – sebbene limitatamente alla tutela di gran parte dell'apparato dei diritti previsti dalla Convenzione Europea per la Protezione dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950 – con l'adozione dello *Human Rights Act* del 1998 la situazione è (almeno in parte) cambiata, tanto che, per una lettura del citato atto normativo, potrà ritornare utile la considerazione delle tematiche evocate nel prosieguo. Fra i vari contributi che si occupano dello *Human Rights Act* e dei problemi da esso creati, M. HUNT, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, 1998 Public Law 423, R. BUXTON, *The Human Rights Act and Private Law*, 116 LQR 48 (2000), nonché, S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 Am. J. Comp. L. 707 ss. (2001).

controversia (con la connessa questione di costituzionalità) approdi alla Corte Suprema, la sua decisione vincolerà tutti i giudici inferiori¹¹.

Peraltro, sebbene l'esistenza dell'istituto di cui si tratta – non espressamente previsto dal testo costituzionale – sia stata da subito affermata dalla Suprema Corte con la storica decisione *Marbury v. Madison* del 1803, la maggior parte delle disposizioni costituzionali relative ai diritti e alle libertà fondamentali è stata tradizionalmente applicata ai soli rapporti verticali fra il cittadino e lo Stato (l'eccezione è rappresentata dal XIII Emendamento, le cui proibizioni contro la schiavitù hanno efficacia diretta anche nei confronti dei privati)¹². Il Bill of Rights, largamente ispirato dall'esperienza dei Whigs nella loro opposizione all'assolutismo degli Stuarts nel XVII secolo e maturato in condizioni politiche assai meno nobili di quanto la sua trama lasci immaginare¹³, proprio a questo mirava: ad assicurare che il Governo federale non abusasse dei poteri delegatigli, nella convinzione madisoniana – non disturbata da un Congresso nella circostanza alquanto apatico – che, per questa via, la Costituzione sarebbe risultata più 'accettabile' per i cittadini. E fin dalla sua introduzione (a seguito della Guerra Civile) il XIV Emendamento, che col suo 'effetto prismatico' ha massimamente contribuito a fare del Bill of Rights l'attuale cuore pulsante della costituzione statunitense, è stato per un verso interpretato nel senso che i suoi dettami devono essere rispettati ad ogni livello dell'attività statale (federale e non), ma, per l'altro, stabilendosi che la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti ed i relativi rimedi possono essere invocati solo quando la lesione sia imputabile allo Stato¹⁴. E, dunque, solo in presenza di una *state action*, secondo quanto suggerisce la lettera dell'Emendamento in questione nel disporre che “[n]o State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or the immunities of the citizens of the United States”¹⁵.

Lo snodo è cruciale. Ad esso rimonta, in buona parte, la storia dell'*effettività* della tutela delle libertà fondamentali nei conflitti interrazziali, com'è dato riscontrare esaminando la giurisprudenza della Suprema Corte relativa ai primi casi di de-segregazione¹⁶. Ma, per quanto qui interessa, la

¹¹ Sul punto, sinteticamente, DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale cit.*, I, 190, il quale sottolinea che nei Paesi di Common Law “le sentenze [dei giudici superiori] che accertano l'incostituzionalità possono in pratica equivalere ad un annullamento”. Sulla dottrina dello *stare decisis*, con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale, P.G. KAUPER, *La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti*, in G. TREVES (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1971, 215 ss..

¹² Per un'esposizione assai chiara delle caratteristiche tecniche della *judicial review* – che non possono essere esaminate in questa sede per ragioni di spazio –, J.A. BARRON e C. T. DIENES, *Constitutional Law in a Nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1986, 5 ss..

¹³ Sul punto, per tutti, L.B. LEVY, *The Origins of the Bill of Rights*, New Haven, Ct, 1999, con pagine fortemente dissacratorie sulle vicende che portarono al varo del documento: salvo, poi, esporsi alla critica di attribuire al *Bill* un significato – quello di garanzia dei diritti individuali affidata all'accigliato presidio delle corti – che esso avrebbe assunto solo molto più tardi (cfr. B.C. KALT, *The People's Forest and Levy's Trees: Popular Sovereignty and the Origins of the Bill of Rights*, Research Paper No. 03-01, Legal Series, U. St. Mich., College of Law).

¹⁴ Nel momento in cui il privato cittadino lamenta la lesione di un diritto da parte dello Stato (senza asserire l'incostituzionalità di una disposizione di legge), il rimedio consisterà (evidentemente non nella disapplicazione dello *statute*, ma) nella concessione di una *injunction* o della *compensation for damages*. Sulle misure che le corti possono adottare nell'ambito della *judicial review*, M. TUSHNET, nel capitolo intitolato *Why and How to Evaluate Constitutional Performance*, in corso di pubblicazione in un testo che si è potuto consultare per gentile concessione dell'Autore.

¹⁵ Com'è noto, l'Emendamento in questione è di cruciale importanza in quanto è insegnamento ricevuto ch'esso estenda anche agli Stati federati l'obbligo di rispettare i primi dieci Emendamenti (costituenti il Bill of Rights). Tradizionalmente, si ritiene che il *rationale* della *state action doctrine* sia triplice, in quanto la stessa: a) è legata al carattere di “organic law” della Costituzione, che per sua natura disciplina le relazioni fra il cittadino e lo Stato e non quelle fra i cittadini; b) costituisce una “vital protection for personal liberty, limiting governmental interference with freedom of action and association, including the ability to freely use one's own property”; c) promuove il federalismo, in quanto porta i cittadini ad avvalersi del diritto statale più che di quello federale e lascia maggiore autonomia agli Stati federati (si vedano, al riguardo, BARRON e DIENES, *Constitutional Law cit.*, 344).

¹⁶ Nel senso che “[t]he state action doctrine protected from constitutional scrutiny an enormous network of racial exclusion and humiliation, characterizing both North and South”, C.L. BLACK Jr., *State Action*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, New York, 2000, vol. 5, 2483, ove la storia della *doctrine* viene esposta – così come negli *updates 1 e 2* di D.M. SKOVER (1992) e di E. CHEMERINSKY (2000) che seguono – con particolare attenzione alla tematica della discriminazione razziale.

doctrine in parola costituisce – in linea di principio – il limite principale alla possibilità di operare un sindacato costituzionale delle regole che disciplinano i rapporti fra i privati: sia perché lo Stato non è ovviamente parte di quei rapporti, sia perché è radicata l'idea che i privati siano titolari di una sfera di libertà da preservare con gelosa attenzione. Anzi, nella giurisprudenza più risalente della Suprema Corte – per tutti, si vedano i *Civil Rights Cases* –, la necessità della presenza di una *state action* nella violazione dei diritti previsti dal XIV Emendamento (o da altre disposizioni) viene interpretata anche come limite al potere del Congresso di regolamentare l'attività dei privati¹⁷.

Secondo tale *doctrine*, tutte le volte in cui un soggetto privato afferma che i suoi diritti sono stati violati da altro soggetto privato, occorre stabilire se e fino a che punto l'attività del secondo è collegata con quella dello Stato. La risposta negativa preclude la possibilità di scrutinio costituzionale; ed è stata, per lungo tempo, l'argine per qualsivoglia tentativo di valutazione di legittimità per il Common Law.

Ma, a partire dagli anni '40 del secolo appena trascorso, le maglie del controllo iniziano ad allargarsi, sebbene secondo linee che, ancora oggi, si rivelano prive di sistematicità¹⁸ (al punto da indurre un autorevole commentatore a parlare di “conceptual disaster area”¹⁹). Al riguardo, con l'ovvia avvertenza che la panoramica risulterà tutt'altro che completa, si può iniziare col ricordare le varie decisioni della Suprema Corte che fanno leva sul concetto di *public function*: lo Stato non può sottrarsi ai limiti impostigli dalla costituzione, con la conseguenza che, quand'esso delega l'esercizio di una delle sue attività ad un privato, anche quest'ultimo sarà assoggettato ai medesimi limiti. Sennonché – si precisa –, nel concetto non rientrano tutte le attività che lo Stato può svolgere, ma solo quelle che implicano in qualche modo l'esercizio di poteri sovrani, come il compimento delle operazioni elettorali e l'amministrazione delle città²⁰.

Altre decisioni fanno leva sul fatto che l'attività del privato è stata svolta a seguito di un ordine proveniente dall'autorità pubblica o, comunque, è stata da essa diretta o incoraggiata; e vale la pena di sottolineare come il legame con l'autorità possa coinvolgere apparati che sono espressione di tutti e tre i tradizionali poteri dello Stato²¹. I casi più frequenti sono quelli in cui la specifica azione che viola un diritto costituzionalmente garantito risponde ad una precisa prescrizione legislativa o trova nella legge formale legittimazione, anche se si tende a ritenere che la mera regolamentazione dell'attività (e non della specifica azione che viola il diritto) od il rilascio di un'autorizzazione amministrativa non siano sufficienti a far constatare la presenza di una *state action*²². Ancora, il legame fra la condotta costituzionalmente illegittima e lo Stato può derivare da un determinato comportamento di persone o enti la cui attività è riconducibile al potere esecutivo (e,

¹⁷ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 3 S.Ct. 18, 27 L.Ed. 835 (1883). Nel secolo appena trascorso, invece, si ammette la regolazione delle attività private, purché venga in considerazione l'esigenza di tutelare *federal rights*.

¹⁸ Per il tentativo di ricondurre ad una griglia tassonomica la casistica in questione e per ampi riferimenti giurisprudenziali, R. ROTUNDA, J.E. NOWAK e J. NELSON YOUNG, *Treatise on Constitutional Law*, Vol. II, St. Paul, Minnesota, 1986, 156 ss.; nonché L. TRIBE, *American Constitutional Law*, II ed., 1988, New York, 1688 ss. Per un contributo più aggiornato, oltre che volto a mettere la *doctrine* in parola in relazione con la tematica inerente l'evoluzione dei *social welfare rights*, M. TUSHNET, *State Action and A New Birth of Freedom*, 92 Geo. L.J. 779 (2004).

¹⁹ L'espressione – fra le più citate dai costituzionalisti nordamericani – è di Charles BLACK Jr., *Foreword: "State Action", Equal Protection, and California's Proposition*, 81 Harv. L. Rev. 69, 95 (1967).

²⁰ Ad esempio, nel caso *Marsh v. Alabama*, 382 U.S. 501, 66 S.Ct. 276, 90 L.Ed. 265 (1946), gli Emendamenti I e XIV hanno trovato applicazione alla condotta di una società che era stata autorizzata ad amministrare un'intera area cittadina – di cui era proprietaria – e che aveva impedito a vari Testimoni di Geova di distribuire materiale religioso. È interessante rilevare come nella motivazione la Corte, attraverso la individuazione della predetta *public function*, si mostri consapevole di dover bilanciare “the constitutional rights of the owners of property against those of the people to enjoy freedom of press and religion”.

²¹ Per un caso abbastanza recente in cui viene in rilievo una condotta di *encouragement*, cfr. *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 US 288 (2001).

²² Così, nel caso *Robinson v. Florida*, 378 U.S. 153, 84 S.Ct. 1693, 12 L.Ed.2d 771 (1964), fu ritenuto non conforme a costituzione il rifiuto di un ristorante di servire clienti di colore: il rifiuto veniva basato su una disposizione di legge che imponeva la predisposizione di appositi e separati bagni per gli esercizi aperti anche a membri di minoranze razziali.

quindi, agli apparati amministrativi dello Stato)²³. Infine, la connessione con l'attività statale può essere anche integrata dal fatto che il privato agisce in esecuzione di un ordine proveniente dall'autorità giudiziaria. Ad esempio, in *Shelley v. Kraemer* il proprietario di un terreno aveva tentato di alienare il bene ad una persona di colore, contravvenendo ad un accordo concluso con altri proprietari del luogo; questi ultimi avevano ottenuto un'inibitoria, volta ad impedire la violazione dell'accordo, che la Suprema Corte dichiara illegittima alla luce del XVI Emendamento²⁴. Successivamente, in *Barrows v. Jackson*, di fronte ad una fattispecie assai simile, in cui l'alienazione si era però perfezionata, la Suprema Corte preclude l'esercizio dell'azione risarcitoria contro il venditore, ponendo in luce che, anche se non equivale ad un ordine giudiziale di discriminazione razziale, la decisione contestata si configura in sostanza come una pena imposta dallo Stato ad un soggetto che si è rifiutato di porre in essere la discriminazione stessa²⁵.

Ebbene, tralasciando altre ipotesi in cui si accerta l'esistenza di uno *special contact* fra l'attività privata (svolta in contrasto con i dettami costituzionali) e lo Stato²⁶, proprio le decisioni da ultimo citate appaiono interessanti, perché la via da esse tracciata può concretamente portare alle soglie della rimozione del limite della *state action*²⁷. In particolare, il punto di rottura si raggiunge quando l'attività statale viene individuata nella stessa operazione di identificazione ed applicazione delle regole di common law (per definizione non poste dagli organi legislativi) ovvero nella stessa pronuncia della sentenza (che pone fine ad una controversia squisitamente privatistica).

Senza tralasciare quanto già detto circa l'irriducibilità della produzione della Suprema Corte ad una traiettoria evolutiva ordinata – come appare evidente, ad esempio, confrontando *Lugar v. Edmundson Oil Co., Inc. e Flagg Bros., Inc. v. Brooks*²⁸ –, un autentico punto di svolta sembra segnato dal celebre caso *N.Y. Times Co. v. Sullivan*²⁹. I *City commissioners* della cittadina di

²³ Ad esempio, nel caso *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S. 267, 83 S.Ct. 1122, 10 L.Ed.2d 338 (1948), fu respinta l'azione di *trespass* esercitata dai proprietari di vari negozi nei confronti di un gruppo di dimostranti che avevano organizzato un sit-in, in quanto le pubbliche autorità, prima della manifestazione, si erano mostrate contrarie alla stessa ed avevano dichiarato che “the city is ready to enforce the law”, interpretandosi tale condotta come un incoraggiamento all'esercizio della predetta azione.

²⁴ 334 U.S. 1, 68 S.Ct. 836, 92 L.Ed. 1161 (1948).

²⁵ 346 U.S. 249, 73 S.Ct. 1031, 97 L.Ed. 1586 (1953).

²⁶ Come avviene nei casi in cui fra il privato e lo Stato si accerta la sussistenza di una *joint venture* di fatto ovvero di una *symbiotic relationship* – alla luce dei reciproci benefici che derivano dalla collaborazione –, nonché in quelli in cui un sostegno finanziario o di altro tipo viene specificamente prestato ad attività esercitate da privati (in violazione dei precetti costituzionali e, in particolare, del divieto di discriminazione razziale). In tali ultime ipotesi, tuttavia, il rimedio non consiste in un ordine volto alla modifica delle modalità con le quali l'attività viene svolta, bensì in un divieto per lo Stato di continuare ad erogare il beneficio. In sostanza, il privato continuerà ad essere libero di esercitare la propria attività di impresa come crede, ma allo Stato sarà impedito di rendersi corresponsabile della violazione. In tal senso, ad esempio, le decisioni delle corti federali intervenute sia prima che dopo la sentenza della Suprema Corte nel caso *Moose Lodge Number 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 92 S.Ct. 1965, 32 L.Ed.2d 627 (1972), in cui vari *clubs*, che si rifiutavano di servire persone di colore, erano destinatari di speciali *tax exemptions*.

²⁷ Già rispetto a *Shelley* le possibilità di allargamento delle maglie della *state action*, che la decisione comporta, sono ben percepite da G. GUNTHER e K. SULLIVAN, *Constitutional Law*, Westbury, N.Y., 1997, 938, i quali spiegano che “[i]f *Shelley* were read at its broadest, a simple citation of the case would have disposed of most subsequent state action cases. Some seemingly «neutral» state nexus with a private actor can almost always be found: at least by way of the usual state law backdrop for the exercises of private choices [...] Given the entanglement of private choices with law, a broad application of *Shelley* might in effect have left no private choices immune from constitutional restraints”. Per un tentativo di limitare la portata che la *doctrine* può assumere a seguito della decisione in esame, L. HENKIN, *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. Penn. L. Rev. 473 (1962).

²⁸ In *Lugar*, 457 U.S. 922, 102 St.C. 2744, 73 L.Ed.2d 482 (1982), la Suprema Corte ha dichiarato illegittimo, per violazione della *due process clause*, il *prejudgment writ of attachment* – in sostanza un sequestro conservativo – che una compagnia petrolifera aveva ottenuto nei confronti di un suo debitore e che era stato eseguito, su richiesta del creditore, dallo sceriffo locale. Viceversa, mancando un coinvolgimento degli organi preposti alla esecuzione dei provvedimenti giudiziari, in *Flagg Brothers*, 436 U.S. 149, 98 S.Ct. 1729, 56 L.Ed.2d 185 (1978), la Suprema Corte ha ritenuto insussistente la *state action* nella situazione in cui un grossista, sulla base di una apposita legge, aveva deciso di procedere alla vendita dei beni di un suo debitore, sui quali vantava un diritto di pegno, senza nemmeno informarne il proprietario.

²⁹ 376 U.S. 254 (1964).

Montgomery, Alabama, vengono ritenuti dal noto quotidiano responsabili dei brutali maltrattamenti che la polizia locale aveva posto in essere ai danni di Martin Luther King ed uno di essi ottiene dai giudici di merito una condanna per diffamazione pari a mezzo milione di dollari. La casa editrice del prestigioso quotidiano impugna la sentenza di fronte alla Corte Suprema, la quale conclude che le regole di common law dell'Alabama in materia di *libel* contrastano con i precetti costituzionali. E, per quanto qui interessa, la *state action* viene rinvenuta nel fatto che “although this is a civil lawsuit between private parties, the Alabama courts have applied a state rule of law which petitioners claim to impose invalid restrictions on their constitutional freedoms of speech and press. It matters not that that law has been applied in a civil action and that it is common law only [...] The test is not the form in which state power has been applied but, whatever the form, whether such power has in fact been exercised”. In sostanza, la decisione equipara l'attività di *lawmaking* che i singoli Stati federati pongono in essere tramite le proprie assemblee legislative a quella svolta dalle corti statali nel momento di applicare il relativo common law, assoggettandoli entrambi a scrutinio costituzionale. Ed in tal modo, com'è evidente, le barriere poste dalla *doctrine* al controllo costituzionale delle regole di cui si tratta finiscono per svaporare³⁰.

La logica che informa *Sullivan* non è rimasta senza eco. Anche più di recente, infatti, si rinvengono casi che sembrano porre nel nulla il limite rappresentato dalla *state action* ai fini del sindacato costituzionale del common law. Ne è plateale testimonianza la giurisprudenza formatasi in una materia di notevole interesse per gli studiosi di diritto privato comparato, qual è quella dei danni punitivi. Il tradizionale ‘disco verde’³¹ accordato dalla Corte Suprema a determinazioni risarcitorie particolarmente gravose rispetto alla reale entità dei *compensatory damages* è stato intaccato, per la prima volta (1996), in *BMW of North America Inc. c. Gore*³², dove il rapporto di uno a mille fu giudicato “grossly excessive” e, come tale, in contrasto con l’VIII Emendamento; mentre in *State Farm v. Campbell* (2003)³³, la valutazione di irrazionalità/arbitrarietà del *decisum*, collidente con la *due process clause*, si è abbattuta su una determinazione dei supremi giudici dello Utah, che avevano avallato il computo, operato dalla giuria, del ristoro affittivo mercé un moltiplicatore di 145. Da notare come, specie nel caso menzionato da ultimo, la maggioranza abbia consapevolmente ignorato i pretesi vincoli concettuali rivenienti dalla natura interpretata della disputa (laddove proprio sulla natura di ‘common state law’ dei danni punitivi, in quanto tali non suscettibili di sindacato da parte della Corte Suprema e non soggetti ad ispezione secondo i criteri dell’VIII Emendamento, si appuntano le *dissenting opinions* di Ginsburg³⁴, Thomas³⁵ e Scalia³⁶).

Ma la partita è ben lungi dall'essere chiusa. La formula magica che preclude lo scrutinio

³⁰ È questo il commento di MICHELMAN, *The Bill of Rights* cit., 403-404, al quale si rinvia (nt. 22) per un'ampia citazione di casistica in cui il Bill of Rights è stato utilizzato per operare un sindacato costituzionale sul common law.

³¹ Per un commento a quei primi, timidi interventi, ove la misura dei danni punitivi concessi dalle corti statali era stata sistematicamente avallata da parte della Corte Suprema, cfr. M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175; G. PONZANELLI, «Punitive damages» e «due process clause»: *l'intervento della Corte suprema Usa, id.*, 1991, IV, 235, nonché ID., *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi, id.*, 1994, IV, 92.

³² La sentenza (517 U.S. 59) è commentata da G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi «grossly excessive»*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421, e da M.S. ROMANO e F. COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno resp.*, 1997, 298.

³³ 538 U.S. 408; massimata in *Foro it.*, 2003, IV, 355, ed annotata da G. PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani, ibid.*, 356.

³⁴ “I remain of the view that this Court has no warrant to reform state law governing awards of punitive damages”: 538 U.S. at 438.

³⁵ “I continue to believe that the Constitution does not constrain the size of punitive damages awards”: 538 U.S. at 429.

³⁶ “I adhere to the view expressed in my dissenting opinion in [*Gore*], that the Due Process Clause provides no substantive protections against “excessive” or “ ‘unreasonable’ ” awards of punitive damages. I am also of the view that the punitive damages jurisprudence which has sprung forth from [*Gore*] is insusceptible of principled application”; accordingly, I do not feel justified in giving the case *stare decisis* effect”: 538 U.S. at 429.

costituzionale –“no state action”— continua a dar conto di una riluttanza innervata³⁷, che non mostra cedimenti rispetto all’ovvia constatazione che “the common law's being what it is at any moment, in any state, is no less the doing of that state than are the contents of that state's statute books”; e viene, anzi, presidiata con pesanti moniti, quale quello editato in *Flagg Bros.* da Rehnquist, col dire che “[I]t would intolerably broaden, beyond the scope of any of our previous cases, the notion of state action under the Fourteenth Amendment to hold that the mere existence of a body of property law in a State, whether decisional or statutory, itself amounted to ‘state action’ even though no state process or state officials were ever involved in enforcing that body of law”³⁸.

Contro quest’isteresi milita la dottrina più accreditata (Michelman, Tushnet) che, nell’ansia di aprire la via – sia pure con qualche, variamente sfumata, riserva — alla “ispezione costituzionale del common law”, non esita a deporre il tradizionale atteggiamento d’indifferenza verso gli studi comparativi, per far tesoro delle esperienze altrui (quelle stesse cui volgeremo la nostra attenzione tra un momento). In tale contesto, vien fatto di chiedersi se un modo per ridurre gli ostacoli frapposti dalla *state action doctrine* non sia quello di far leva su una responsabilità di tipo omissivo dello Stato, la quale – a ben vedere – spianerebbe la via ad ampie incursioni nella sfera dei rapporti fra i privati: posto che la stessa lettera dell’Emendamento XIV ingiunge allo Stato di evitare che i cittadini siano privati di “vita, libertà e proprietà” senza *due process of law*, si potrebbe ipotizzare che lo Stato sia costituzionalmente responsabile anche nel momento in cui non procede ad eliminare la violazione. Al riguardo, sebbene nella dottrina nordamericana si discuta di questa possibilità di intervento e del bilanciamento di interessi (e dei contrapposti diritti dei privati che vengono in considerazione, quello di chi asserisce di esser leso e quello di chi pone in essere la condotta lesiva) che ne dovrebbe conseguire, la Suprema Corte sembra abbastanza restia a far leva sulla *inaction* governativa per operare un sindacato sui rapporti di cui si tratta³⁹.

Nemmeno a dirlo, però, la traiettoria statunitense, per quanto importante, non è la sola. Altri ordinamenti, che ne condividono la matrice primigenia, prospettano significative variazioni sul tema (ivi compreso il modo di ragionare testé abbozzato), schiudendo al comparatista un laboratorio d’inesausta ricchezza, avente ad oggetto le sollecitazioni montanti verso la costituzionalizzazione del common law⁴⁰.

3. IL SISTEMA CANADESE E LA “MATURAZIONE” DELLA *STATE ACTION DOCTRINE*

Anche il sistema canadese si è dovuto confrontare con il problema della *state action*⁴¹; ma si è mosso lungo coordinate alquanto differenti. Non a caso, già in una delle prime occasioni in cui è stato trattato il problema dell’applicabilità delle disposizioni costituzionali al diritto dei privati – si

³⁷ Emblematica la sintesi di P. E. QUINT, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, 48 Maryland L. Rev. 247 (274): “When there is no state action in American law, the United States Constitution has no effect at all”.

³⁸ 436 U.S. at 160 nt. 10.

³⁹ Sul punto, ROTUNDA, NOWAK e NELSON YOUNG, *Treatise cit.*, 194-198. Espressamente nel senso che la Costituzione degli Stati Uniti non imponga *positive duties*, *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

⁴⁰ Non diversamente da quanto accade per il dibattito italiano e continentale (v. *supra*,), la formula, suggestiva, rischia di produrre più problemi di quanti contribuisca a risolverne, dilatando a dismisura l’oggetto della riflessione: per una significativa riprova cfr. S. C. KAPLAN, “*Grab Bag of principles*” or *Principled Grab Bag?: The Constitutionalization of Common Law*, 49 S. C.L. Rev. 463 (1998).

⁴¹ L’interpretazione dell’efficacia delle disposizioni costituzionali in termini solo “verticali” si appunta soprattutto sull’art. 31, comma 1, della *Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, a tenore del quale “[t]his Charter applies (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament [...]; and (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province”.

allude a *Dolphin Delivery* – si riscontra una maggiore apertura rispetto agli Stati Uniti⁴². Iniziamo, dunque, dalla fattispecie concreta.

Una *trade union* che opera in British Columbia si misura in un braccio di ferro sindacale con un'impresa che svolge servizi di trasporto e, per porre pressione trasversale sulla stessa, organizza picchetti in modo da ostacolare l'attività di altra impresa, di cui il proprio interlocutore/antagonista si avvale per effettuare le consegne in Ontario. L'impresa picchettata ricorre in giudizio, lamentando di essere vittima di un *tort* sotto il profilo dell'induzione all'inadempimento ed ottiene un'*injunction* contro il sindacato, il quale ricorre alla Corte Suprema. I supremi giudici canadesi respingono l'istanza del sindacato, richiamando con approvazione il risultato di un precedente caso (*Re: Blainey*)⁴³. Atteggiamento di chiusura, dunque? Non proprio, perché la risposta negativa convive con un'affermazione di principio di tenore contrario. I giudici statuiscano, infatti, che la Carta costituzionale trova applicazione riguardo ad alcune aree del common law, ma non alle dispute tra privati (il che val quanto tagliare trasversalmente il campo, posto che le corti decidono le controversie applicando le regole di common law). Il presidio della Carta – spiegano – si estende, naturalmente, “to many forms of delegated legislation”, fra le quali le “regulations of [...] creatures of Parliament and the Legislatures”, nonché le circostanze in cui “private parties exercised powers «granted» them by legislation, meaning presumably powers beyond those they would have from the common law alone”. Ciò – precisano i giudici – implica che le disposizioni costituzionali si applichino, per quanto attiene al common law, solo alle regole che disciplinano i *prerogative powers*, lasciando peraltro aperta la via al dispiegarsi di un'efficacia orizzontale indiretta (e quindi chiamando in causa – come si vedrà nel prosieguo – una categoria fondamentale rispetto al dibattito che si svolge nei paesi di Common Law)⁴⁴.

La presa di posizione sui medesimi binari che caratterizzano la *state action* – nonché gravida di ambivalenze (e, forse, di ambiguità) – ha segnato una traccia destinata comunque a durare nel tempo. Ogni qual volta si trovi alle prese con dispute fra soggetti privati, la Corte s'ingegna di stabilire pregiudizialmente se l'asserito responsabile della violazione abbia un sufficiente “degree of connection to the government” o se lo stesso “is acting on the authority of a statute”: con difficoltà simili a quelle sperimentate dall'omonimo organo giudicante nordamericano. Prova ne sia che, in un torno di tempo assai breve, vengono ascritti al novero dei *government actors* i *public community colleges*⁴⁵, ma non le università pubbliche⁴⁶.

Tuttavia – e si rinviene qui un percorso concettuale simile a quello che ha caratterizzato gli U.S.A. –, in alcune decisioni la Corte fa rientrare all'interno dell'esercizio di pubblici poteri anche la pronuncia di determinati provvedimenti giurisdizionali⁴⁷. Inoltre, nella giurisprudenza successiva le maglie della *doctrine* si allargano anche sotto altri profili, che paiono particolarmente suggestivi. In *Eldridge*, per esempio, si stabilisce che, per evitare la violazione del principio di eguaglianza, il Ministero della Salute deve farsi carico del costo degli interpreti per pazienti sordi, includendo le relative prestazioni fra i servizi sanitari essenziali che gli ospedali forniscono e dei quali il primo

⁴² [1986] 2 S.C.R. 573. Per un commento centrato sui temi che qui più interessano, B. SLATTERY, *The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver?*, 32 McGill Law Journal 905 (1987).

⁴³ *In re Blainey Ontario and Hockey Association*, 26 DLR (4th) 728 (Ontario App. Ct. 1986).

⁴⁴ Al riguardo, la Corte afferma che “[w]here [...] private party “A” sues private party “B” relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the Charter will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the Charter is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of Charter causes of action or Charter defences between individuals. In this way, Charter rights impose duties only on government, whereas Charter values influence the entire legal system”.

⁴⁵ *Douglas/Kwantlen Faculty Ass'n v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570.

⁴⁶ *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

⁴⁷ Ne riferisce TUSHNET, nel capitolo intitolato *Structures of Judicial Review, Horizontal Effect, and Social Welfare Rights* del sopra citato testo in corso di pubblicazione.

deve sostenere integralmente l'onere⁴⁸. Sebbene gli ospedali non siano *government actors* alla stregua delle direttive stabilite dalla precedente giurisprudenza – non essendo i membri dei relativi consigli di amministrazione nominati dal governo e/o da esso ‘indirizzati’ –, i giudici appuntano la loro attenzione sul fatto che, secondo la normativa in materia, è compito dello Stato stabilire quali siano i *medical necessary services*: considerando che gli ospedali svolgono attività d'interesse pubblico, la decisione di includere fra i predetti servizi una serie di prestazioni mediche, ma non quelle necessarie per i pazienti sordi, viene inquadrata come espressione di una *government policy*. In *Vriend*, ancora, si provvede a riformare la pronuncia della *Human Rights Commission* dello stato di Alberta che aveva lasciato impregiudicata (per carenza di giurisdizione) la decisione di un *college* privato di licenziare un proprio dipendente dopo aver saputo della sua omosessualità, in quanto nessuna disposizione di legge limita sotto il profilo della *sexual orientation* il diritto di licenziamento *ad nutum* previsto dal common law⁴⁹. Non potendosi ritenere che il responsabile della violazione sia un *government actor*, la *state action* viene rintracciata nel fatto che lo Stato ha emanato una disciplina di protezione la quale viola il principio di eguaglianza.

I casi testé richiamati sono assai interessanti per almeno due motivi: in primo luogo, considerando che le attività svolte dai soggetti (privati) responsabili della lesione *non* sono regolamentate da alcuna legge, si deve concludere che il sindacato della Corte riguarda direttamente l'esercizio di *property* e *contractual rights*, regolati dal common law. In secondo luogo, anche se nella motivazione delle decisioni si ribadisce il dubbio “whether the Charter might impose positive obligations [...] such that a failure to legislate could be challenged under the Charter”, è all'evidenza proprio la *underinclusiveness* della legislazione ad essere sindacata. E ciò, com'è pure chiaro, si traduce in un intervento nel diritto dei privati disciplinato dal common law.

Peraltro, nel recente caso *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*⁵⁰, la Corte – affermando che la teorica da essa propugnata è ormai “matured” – ha ammesso espressamente che talvolta il legislatore ha un dovere di agire. Inoltre, a differenza di quelli sopra citati, il caso non riguarda il principio di eguaglianza, ma (almeno nella prospettazione degli attori) la libertà di associazione. Ecco l'abbozzo dei fatti: secondo una tradizione ben consolidata, l'obbligo, in capo ai datori di lavoro, di accettare la contrattazione collettiva riguarda solo il settore dell'industria e non quello dell'agricoltura, in cui il common law lascia assolutamente liberi gli imprenditori di agire come meglio credono. Tuttavia, quando l'Ontario statuisce l'obbligo in via legislativa anche per il secondo settore, salvo procedere (un anno dopo) alla sua abrogazione – a seguito del ribaltamento della maggioranza nell'assemblea legislativa –, i lavoratori agricoli lamentano la lesione della predetta libertà. La Suprema Corte, nel dar loro ragione, afferma che “[u]nderinclusive legislation may, in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom”; e, con riguardo al problema della *state action*, che “[it was] not a quantum leap [from the mature state action doctrine] to suggest that a failure to include someone in a protective regime may affirmatively permit restraints on the activity the regime is designed to protect [...] [by] orchestrat[ing], encourag[ing] or sustain[ing] the violation of fundamental freedoms”.

Proprio il fatto che la decisione da ultimo menzionata riguardi non la violazione del principio di eguaglianza, bensì quella di un diritto costituzionalmente garantito, dimostra che la teorica adottata dalla Corte costituisce uno strumento alquanto penetrante per intervenire sulle *background rules*, perché è assai facile che un diritto fondamentale sia violato dall'esercizio di altro diritto disciplinato dal common law in materia di *torts*, *property* o *contract*. Peraltro – e pur senza poter qui entrare nelle pieghe del dibattito accesi fra i costituzionalisti d'oltreoceano –, va anche sottolineato che, in linea di principio, detta teorica si presta a costituire uno strumento di intervento assai pervasivo nel diritto dei privati. Infatti, ove non si richieda un elevato livello di dettaglio della

⁴⁸ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 1997 Can. Sup. Ct. LEXIS 86 (la controversia nasceva dal fatto che precedentemente le prestazioni in parola rientravano fra quelle offerte dagli ospedali a pagamento, ma il relativo onere era sostenuto da una fondazione che non era stata poi più in grado di sostenerne il peso).

⁴⁹ *Vriend v. Alberta* [1997] 31 C.H.R.R. D/1 (S.C.C.).

⁵⁰ *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94 (CanLII).

regolamentazione già posta dal legislatore per operare il predetto scrutinio costituzionale, è chiaro che la vastità delle moderne legislazioni – anche nei Paesi di cui si tratta – è idonea a far sì che pochi settori del common law siano sottratti al controllo⁵¹.

L'ultimo caso che vale la pena di citare è *Pepsi*, in cui la Corte ha peraltro deciso di risolvere in modo opposto la questione di legittimità del *secondary picketing* affrontata a suo tempo in *Dolphin*, ritenendo che non potesse essere inibita la condotta di un sindacato che aveva esteso i picchetti dagli impianti della casa produttrice ai negozi dove il prodotto veniva distribuito e, inoltre, agli alberghi dove alloggiavano i lavoratori che avrebbero dovuto sostituire quelli aderenti alla protesta⁵². Al riguardo, i giudici affermano che, secondo il common law, il *peaceful secondary picketing* non dev'essere considerato un illecito e la lettura correttiva delle relative regole non può essere elusa in quanto la disciplina deve riflettere il “fundamental Canadian value of free expression as written into the Charter”. Inoltre, osserva la Corte citando altro precedente. “Charter values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The Charter values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels necessary”. Infine – e siamo alla precisazione finale –, il bilanciamento di interessi fra i titolari del diritto di cui sopra e gli interessi economici delle *innocent third parties* dev'essere operato in favore dei primi perché il common law deve proteggere le seconde solo in caso di “undue harm”, il quale non si verifica se al *secondary picketing* non si accompagna alcun “independent tort or crime”.

Peraltro, sebbene la Corte cerchi di dettare alcuni criteri che dovrebbero valere a limitare la sua stessa capacità di “development” del common law⁵³, è evidente che l'effetto solo verticale (e non anche orizzontale) attribuito alle disposizioni costituzionali rischia di essere solo un'etichetta priva di conseguenze applicative, in quanto (almeno nella sua lettura più “matura”) la *state action doctrine* si riduce ad un ostacolo non difficile da superare, sino a far dubitare della stessa opportunità di tenerla in piedi⁵⁴. E gli interrogativi testé cennati, come si vedrà fra un attimo, si ripropongono – con ulteriori sfaccettature – anche in altri contesti.

⁵¹ Secondo quanto acutamente osserva TUSHNET, *Structures of Judicial Review cit.*.

⁵² *Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. v. R.W.D.S.U.*, Local 558, 2002 SCC 8.

⁵³ Al riguardo, i giudici precisano che il loro intervento si giustifica quando “the change in the court-made law is not particularly large or far-reaching”, in quanto cambiamenti drastici devono essere lasciati al legislatore. Inoltre, nel caso di specie la legittimazione all'intervento della Corte si rinviene altresì nel fatto che lo stato del *judge-made law* era “unsettled and inconsistent” in varie Province, mentre, quando la *judge-made rule* è “well-established”, l'operazione può meglio esser lasciata alle assemblee legislative.

⁵⁴ Ecco alcune considerazioni critiche – fra le tante – che TUSHNET, in *Structures of Judicial Review cit.*, svolge al riguardo: “Consider [...] some examples of the only kinds of actions to which state action analysis is relevant: leasing university property to a church so that it can conduct religious services, where no statute or ministerial directive specifies that such a lease is impermissible; firing a member of the support staff of a university for political activities, where, again, no statute prohibits such a firing. These actions are immune from Charter scrutiny because the university is not a state actor. Notably, so would similar actions by any private corporation – a shopping mall in the first example, perhaps, and an office supply firm in the second. That is, in the absence of statutory regulation, these actions are exercises of ordinary rights of property and contract. Similar actions by a community college would be subject to Charter scrutiny. To say that state action is present, then, is to say that exercises of ordinary rights of property and contract are subject to Charter review by *some* entities. But, if such exercises of ordinary rights are subject to Charter review for some entities, why not for all? My largest question is, Why not skip the state action inquiry and examine directly these exercises of ordinary property and contract rights? I must say that I do not see much in the policies relevant to the state action doctrine that commends a distinction between community colleges and universities in their exercise of ordinary property and contract rights. The Court repeatedly emphasizes the importance of sustaining a private domain to avoid a situation in which the courts would “strangle the operation of society and [...] ‘diminish the area of freedom within which individuals can act’ ” [But o]nce the Court concedes the power of the *legislature* to regulate, the relation between “strangling the operation of society” and a narrow state action doctrine is quite obscure. The rhetoric of freedom sits uneasily in a world with expansive legislative power. Rather [...] the state action doctrine must have something to do, not with freedom itself, but with the capacity of courts to implement restrictions on freedom that legislatures can more effectively implement. That is, the concerns that necessarily animate a state action doctrine disappear where the courts can easily regulate private activity with no greater difficulties than legislatures can”.

4. IL SISTEMA AUSTRALIANO: L'EFFETTO ORIZZONTALE IN MANCANZA DELLA *STATE ACTION DOCTRINE*

Anche il sistema australiano si è dovuto confrontare con il problema della tutela dei diritti (o almeno di alcuni diritti) costituzionalmente garantiti in presenza di una lesione non imputabile allo Stato e, di conseguenza, con la tematica dell'effetto orizzontale delle disposizioni della carta fondamentale. Le peculiarità dell'ordinamento in discorso – rispetto ai problemi sopra evocati – sono felicemente catturate da due recenti casi, inerenti la libertà di comunicazione politica e la (più generale) libertà di manifestazione del pensiero, che non a caso sono al centro di un acceso dibattito fra i costituzionalisti del continente australiano⁵⁵.

In *Lange*, nell'affrontare il problema della relazione fra costituzione e common law, la High Court statuisce che “[sections] 7 and 24 and the related sections of the Constitution necessarily protect that freedom of communication between the people concerning political or government matters which enables the people to exercise a free and informed choice as electors. Those sections [...] preclude the curtailment of the protected freedom by the exercise of legislative or executive power”⁵⁶. Per quanto l'affermazione della Corte possa apparire anodina, essa è in realtà gravida di conseguenze, in quanto il riferimento all'esercizio del potere legislativo o esecutivo – e non anche al common law – vuole significare che la libertà in parola è protetta solo rispetto a condotte lesive tenute dallo Stato e, inoltre, che le predette disposizioni costituzionali non trovano (quantomeno diretta) applicazione al common law⁵⁷.

La presa di posizione della Corte appare assai rilevante, perché sconfessa quanto era stato stabilito nel caso *Theophanous*, in cui i giudici avevano ritenuto di (poter e) dover modificare il common law creando un'apposita *defence* (basata sul diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, in analogia con la decisione della Supreme Court nel sopra citato caso *Sullivan* e facendo ad esso espresso riferimento) contro un'azione di diffamazione⁵⁸; con, in più, la pretesa di distinguere le sfere in cui operano la *freedom of political communication*, costituzionalmente garantita, e le regole di common law inerenti la diffamazione. Portata alle estreme conseguenze, la tesi avrebbe significato che, nel loro ambito, queste ultime non si sarebbero potute intaccare, al pari, di conseguenza, del diritto dei privati da esse disciplinato⁵⁹.

⁵⁵ Al riguardo, anche per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali alle tematiche che qui interessano, si vedano i tre seguenti saggi apparsi a breve distanza di tempo sulla *University of Melbourne Law Review*: quello di A. STONE, *Rights, Personal Rights and Freedoms: the Nature of the Freedom of Political Communication*, 25, 374 (2001), che viene criticato da G. TAYLOR, *Why Should the Common Law Be Only Indirectly Affected by Constitutional Guarantees?*, 26, 623 (2002), suscitando la replica della Stone con *The Common Law and the Constitution: A Reply*, 26, 646 (2002).

⁵⁶ *Lange* (1997) 189 CLR 520. In materia, si vedano altresì *Levy* (1997) 189 CLR 579, 622 (McHugh J); *Theophanous* (1994) 182 CLR 104, 146-8 (Brennan J), 168 (Deane J); *Cunliffe v. Commonwealth* (1992) 182 CLR 272, 327 (Brennan J); *Australian Capital Television* (1992) 177 CLR 104, 150 (Brennan J).

⁵⁷ Sulle ricadute della statuizione, STONE, *Rights* cit. 399 ss., la quale evidenzia altresì che la Corte qualifica quello in parola come (*non-personal right*, non nel senso di diritto non riconosciuto ai fini della tutela di interessi esclusivamente individuali, ma in modo da ritenerlo un) *negative right* e, quindi (sebbene si tratti di una categoria in realtà diversa), alla stregua di un *vertical right*: anche da ciò, a rigore, dovrebbero derivare le conseguenze evidenziate nel testo, in quanto i diritti di tal tipo non operano per definizione ‘orizzontalmente’. Tuttavia, come spiega l'Autrice, la *vertical-horizontal distinction* non sembra in realtà esser stata particolarmente approfondita dalla *High Court*.

⁵⁸ *Theophanous* cit., ove si legge che, derivando direttamente dalla Costituzione, la *defence* di cui si tratta dev'essere riconosciuta in “all Australian jurisdictions, whether the law to be applied is the common law or statute law. Its availability will inevitably have the consequence that the common law defence of qualified privilege will have little, if any, practical significance where publication occurs in the course of the discussion of political matters”.

⁵⁹ Così si esprime, al riguardo, la High Court: “[T]he question whether a publication of defamatory matter is protected by the Constitution or is within a common law exception to actionable defamation yields the same answer. But the answer to the common law question [...] defines the existence and scope of the personal right of the person defamed against the person who published the defamatory matter; the answer to the constitutional law question defines the area of immunity which cannot be infringed by a law of the Commonwealth, a law of a State or a law of [the]

Peraltro – e ciò è quanto qui più interessa –, la *High Court* si guarda bene dal pervenire a tale risultato. Anzi, riconosce la possibilità che il precetto costituzionale abbia un effetto indiretto sulle regole del common law: “The Constitution, the federal State and territorial laws, and the common law in Australia together constitute the law of this country and form «one system of jurisprudence» [...] Within that single system of jurisprudence, the basic law of the Constitution provides the authority for the enactment of valid statute law and may have effect on the content of the common law”. Poco più oltre, dal ragionamento esposto si trae il corollario per cui “[o]f necessity, the common law must conform with the Constitution. The development of the common law in Australia cannot run counter to constitutional imperatives”⁶⁰. Quindi, sebbene articolando una trama motivazionale non sempre perfettamente congruente, la Corte per un verso applica un principio del tutto analogo a quello che informa la *state action doctrine* di cui sopra si è detto; ma, per l’altro, ammette espressamente che le disposizioni costituzionali possano avere un effetto orizzontale indiretto, *sub specie* di “development” del common law⁶¹.

Proprio a questo punto verrebbe spontaneo chiedersi se, al fine di ‘consolidare’ l’incidenza delle disposizioni costituzionali sul diritto privato, sia dato ricondurre l’applicazione del common law all’esercizio di un potere statale sottoponibile a scrutinio, come non a caso proposto dalla dottrina australiana⁶². Tale ricostruzione, tuttavia, viene espressamente rigettata dal giudice che scrive per la Corte: “[w]hile in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government [...] I cannot equate for the purposes of Charter application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that courts are not bound by the Charter”. Né, a supporto di quella ricostruzione può essere richiamata la giurisprudenza nordamericana, in quanto “[t]he First Amendment to the United States Constitution prohibits Congress from making any law abridging «the freedom of speech, or of the press». This privilege or immunity of citizens of the United States may not be abridged by the making or «the enforcement» by any State of «any law». That is the effect of the interpretation placed on the Fourteenth Amendment [...] It makes little sense in Australia to adopt the United States doctrine so as to identify litigation between private parties over their common law rights and liabilities as involving «State law rights». Here, «[w]e act every day on the unexpressed assumption that the one common law surrounds us [...]»”.

Senza entrare nel dibattito che le ultime affermazioni hanno generato – e nel merito delle stesse –, preme mettere in luce come (anche in mancanza di un apparato argomentativo quale quello fornito dalla *state action doctrine*) la giurisprudenza australiana ammetta senza riserve l’effetto

Territories [...] That is because the requirement of freedom of communication operates as a restriction on legislative power”. Il passo, peraltro, riprende (e cita) espressamente un’idea espressa dal giudice Brennan J nella sua *dissenting opinion* in *Theophanous cit.*, che ancora più chiaramente potrebbe portare alle conseguenze divise nel testo: “Although the Constitution prevails over the common law where there is inconsistency, there is no express inconsistency between the Constitution and those rules of the common law which govern the rights and liabilities of individuals inter se. That is because the Constitution deals not with the rights and liabilities of individuals inter se but with the structure and powers of organs of government [...] The Constitution [...] does not purport to affect the common law rights and liabilities of individuals inter se. That area of the common law and the area covered by the Constitution do not overlap”.

⁶⁰ Del resto, la possibilità di un effetto indiretto era stata già contemplata in *Theophanous cit.* (che, come si è detto, opta poi per il più dirompente effetto orizzontale diretto), ove si legge che “the implied freedom is one that shapes and controls the common law. At the very least, development in the common law must accord with its content”. Al riguardo, si veda altresì caso *Cheatle v The Queen* 177 CLR 541 (1993).

⁶¹ Per un commento critico che evidenzia le incongruenze della trama motivazionale, STONE, *Rights cit.*, 406 ss..

⁶² Osservando, peraltro, che anche le Corti federali esercitano un potere riconosciuto dalla Costituzione e che, a differenza di quelle nordamericane, le stesse non sono soggette al limite di non poter decidere “matters of common law”; e, inoltre, che l’applicazione della *common law* può essere intesa come l’esercizio di un potere statale anche ove, per assurdo, si volesse accogliere la non divisibile tesi secondo cui le sue regole non si sovrappongono ai precetti costituzionali. Per una sintesi degli argomenti con i quali si è sostenuta la posizione menzionata nel testo, STONE, *The Common Law cit.*, 651-652, mentre per un’esposizione più articolata, ID., *Rights cit.*, 404 ss..

orizzontale delle disposizioni costituzionali che disciplinano i diritti fondamentali⁶³. E ciò porta la discussione sul tema del *mandatory* ovvero *mere influence model* al quale si ispirano le decisioni della Corte, cioè sulla ammissibilità, o no, di un intervento legislativo sulle regole di common law che siano state oggetto di revisione costituzionale⁶⁴.

Dunque, fatto salvo il profilo che da ultimo si è posto in luce, la differenza fra effetto orizzontale diretto ed indiretto dei suddetti precetti costituzionali non sembra incidere in modo significativo sulla influenza ch'essi possono dispiegare sulle relazioni fra i privati (come peraltro conferma l'esito assai simile, in termini operazionali, cui pervengono *Lange* e *Theophanous*⁶⁵). E, quindi, sul conseguente fenomeno di costituzionalizzazione del common law, che come si vedrà fra un attimo, caratterizza (in termini simili) almeno un altro ordinamento.

5. IL SISTEMA SUDAFRICANO: OLTRE LA *STATE ACTION DOCTRINE*

Fra le varie epifanie del Common Law, cui abbiamo creduto opportuno fare cenno, quella del Sud Africa viene esposta per ultima perché in essa la costituzionalizzazione del common law presenta – almeno stando alle tecniche con cui viene posta in atto – ostacoli minori di quelli riscontrati negli altri Paesi, mentre le spinte speculari che contrappuntano il fenomeno si confrontano in modo più diretto.

⁶³ Il fatto che in Australia non vi siano diverse *common laws* vigenti nei singoli stati federali ma un unico *Commonwealth* non sembra, in realtà, spostare i termini della questione, considerando altresì che – come si è già detto – in Australia le Corti federali non si devono astenere dall'incidere sulle regole di cui si tratta. Del resto, l'idea che anche l'applicazione delle regole del common law sia riconducibile all'esercizio del potere statale sembra meglio conciliarsi con la teoria creativa, in quanto – come ricordava il giudice Holmes – “[t]he common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign or quasi sovereign that can be identified”, *Southern Pacific Co v. Jensen*, 244 US 205, 222 (1916). Su questi punti, con ampia discussione dei profili qui appena evocati, TAYLOR, *Why Should the Common Law Be Only Indirectly Affected* cit., e STONE, *The Common Law* cit..

⁶⁴ Mentre TAYLOR, *Why Should the Common Law Be Only Indirectly Affected* cit., ritiene che l'*indirect horizontal effect* comporti l'adozione del secondo dei modelli citati nel testo, la STONE, *The Common Law* cit., è di diverso avviso. Al riguardo, si può ricordare che nel caso *Lange* la Corte sembra incline a non escludere che l'efficacia indiretta sia cumulabile con una preclusione posta al legislatore, nel momento in cui afferma che “[t]he common law may be developed to confer a head or heads of privilege in terms broader than those which conform to the constitutionally required freedom, but those terms cannot be any narrower. Laws made by Commonwealth or State Parliaments or the legislatures of self-governing territories which are otherwise within power may therefore extend a head of privilege, but they cannot derogate from the common law to produce a result which diminishes the extent of the immunity conferred by the Constitution”. Nel medesimo senso sembra essere orientata anche la successiva decisione *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson*, (2000) 203 CLR 503, in cui, sebbene senza prendere una posizione definitiva sul punto, la Corte afferma che “[t]he common law may be developed to confer a head or heads of privilege in terms broader than those which conform to the constitutionally required freedom, but those terms cannot be any narrower. Laws made by Commonwealth or State Parliaments or the legislatures of self-governing territories which are otherwise within power may therefore extend a head of privilege, but they cannot derogate from the common law to produce a result which diminishes the extent of the immunity conferred by the Constitution”; e, inoltre, che in *Lange* la regola di common law era stata sviluppata in modo da rispettare la *freedom of communication*, cioè quello che la Corte aveva individuato come un “constitutional imperative [that] operates as a restriction on legislative power [so that s]tatutory regimes cannot trespass upon the constitutionally required freedom”. In dottrina, B. SELWAY, *The Principle behind Common Law Judicial Review of Administrative Action - The Search Continues*, 30 Federal Law Review 217 (2002).

⁶⁵ “It is sometimes suggested that the approaches in *Theophanous* and *Lange* are, in this respect, very different. The argument is that *Lange* denied that the constitutional implication operated directly to alter the private rights of individuals inter se and that *Theophanous* was therefore, in effect, overruled. As, however, it was held that the common law must conform to constitutional requirements there is no difference in result. [...] In each case it can sensibly be said that the defendant was guaranteed a defence by virtue of the Constitution”: così L. ZINES, *The Common Law in Australia: Its Nature and Constitutional Significance*, in Law and Policy Paper No. 13, Centre for International and Public Law, The Australian National University, 1999. Sulla scarsa rilevanza pratica della distinzione, in generale e con approccio comparativo, anche M. TUSHNET, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 Int'l J. Const. L. 79, 95 ss. (2003).

Punto di partenza ineludibile è l'art. 39, comma 2, della giovane costituzione (del 1996), il quale stabilisce a chiare lettere che, “[w]hen [...] developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights”. Infatti, stando alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, la disposizione viene interpretata nel senso che essa obbliga sempre le corti ad una applicazione indiretta del Bill of Rights e che, talvolta, essa consente anche una applicazione diretta⁶⁶. Del resto, l'art. 8, comma 2, dispone che “[a] provision of the Bill of Rights binds a natural or juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right”.

Al pari di quanto si è osservato con riguardo al sistema australiano, la distinzione fra efficacia orizzontale diretta ed indiretta non sembra avere particolari ricadute a livello operativo, in quanto per l'attore è il più delle volte indifferente che le sue ragioni siano riconosciute perché si accerta che il convenuto ha violato una regola di condotta desumibile direttamente dal testo costituzionale ovvero dal common law ‘riveduto e corretto’ alla luce del primo. E, del resto, sotto l'etichetta nominalistica dello ‘sviluppo’ del common law – anche qui adoperata per consentire il dispiegamento dell'effetto orizzontale indiretto – si possono celare operazioni di incisivo adeguamento ovvero di creazione di diritti ed obblighi prima non previsti. Come, ad esempio, dimostra il caso *Carmichele v. Minister of Safety*⁶⁷. L'imputato di un reato di violenza sessuale viene rilasciato su cauzione durante la pendenza del processo e, una volta libero di agire, aggredisce una donna, ferendola in modo non lieve. La danneggiata agisce in giudizio contro il Ministero della Giustizia, affermando che la polizia ed il personale statale che ha seguito la pratica di rilascio dell'imputato su cauzione dovevano rigettare la richiesta, ben sapendo che il soggetto avrebbe posto a repentaglio l'integrità psicofisica delle donne che vivevano nel vicinato. Dopo aver accertato che nel caso di specie non sussiste una *special relationship* fra il danneggiato ed il soggetto che non ha provveduto ad evitare il danno, l'azione risarcitoria viene respinta sia dai giudici di merito sia dalla Suprema Corte di Appello, in quanto il common law non prevede alcun dovere di protezione in capo ai *public officials* nei confronti di singoli membri della collettività.

Nel riformare la decisione, la Corte Costituzionale dà contenuto al principio a tenore del quale, “where the common law deviates from the spirit, purport and objects of the Bill of Rights, the courts have an obligation to develop it by removing that deviation”. Partendo dal presupposto che il “right of «freedom and security of the person»” va comunque garantito e che “the state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights”, la Corte afferma che i giudici statali hanno l'obbligo di procedere ad una “reinspection” del common law in modo da pervenire alla “dismissal of a case like Carmichele's”. Ed in sede di rinvio la disciplina del *tort* viene poi ‘svilupata’ in maniera da portare all'accoglimento delle ragioni della danneggiata.

Se si ritorna alle limitazioni che la *state action* (sebbene in modo non ‘omogeneo’ e costante) impone nel sistema nordamericano, la differenza rispetto a quello sudafricano appare così plateale da indurre alcuni studiosi di diritto costituzionale ad opinare che l'introduzione nel primo della “constitutional review of [...] private law relations [...] could have brought about a radical democratisation of the law”⁶⁸. E la differenza diviene ancora più marcata se si considera che in entrambe gli ordinamenti la corte che ha l'ultima parola sulle questioni di costituzionalità non ha un

⁶⁶ In questi termini MICHELMAN, *The Bill of Rights* cit., 407-408. Nel senso, invece, che le disposizioni del Bill of Rights non hanno applicazione diretta C. SPRIGMAN e M. OSBORNE, *Du Plessis is Not Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes*, 15 S. Afr. J. Hum Rts. 15, 30-36 (1999). Il contributo, tuttavia, è intervenuto prima della decisione in cui la Corte ha apertamente riconosciuto l'effetto orizzontale diretto al diritto alla libera manifestazione del pensiero, ossia *Khumalo v. Holomisa*, 2002 (8) BCLR 771 (CC).

⁶⁷ 2001 (10) BCLR 995 (CC).

⁶⁸ J. VAN DER WALT, *Tangible Mais Intouchable, la Loi du Tact, la Loi de la Loi: The Future and Futurity of the Public-Private Distinction in View of the Horizontal Application of Fundamental Rights*, Nijmegen, 2002, 108, nt. 133. Per alcuni spunti di comparazione che si appuntano proprio sulla *doctrine* di cui si discorre – sostenendo la validità del suo apparato concettuale –, S. ELLMANN, *A Constitutional Confluence: American "State Action" Law and the Application of South Africa's Socioeconomic Rights Guarantees to Private Actors*, 45 N.Y.L. Sch. L. Rev. 21 (2001).

diretto potere di intervento sul common law, ma solo quello di sottoporre a sindacato le decisioni dei giudici inferiori⁶⁹.

Tuttavia, nonostante la differenza nelle tecniche con le quali avviene il controllo di costituzionalità nei sistemi appena richiamati (e, più in generale, nei quattro passati in rassegna), si può convenire sulla sussistenza di una forte spinta alla reificazione dei valori costituzionali – meglio, dei diritti fondamentali – rispetto allo sviluppo del diritto privato. Di qui il desto per abbozzare, con la cautela imposta dalla consapevolezza che il tema postula ben altri approfondimenti, alcune riflessioni conclusive⁷⁰.

6. A MO' DI CONCLUSIONE

Nel tentativo di capitalizzare i risultati cui la panoramica offerta conduce, una prima considerazione si appunta sul fatto che, innegabilmente, negli ordinamenti di Common Law si va delineando una forte spinta alla costituzionalizzazione del diritto dei privati. Al riguardo, per non pochi studiosi della materia non ha senso distinguere fra la lesione dei diritti fondamentali cagionata dagli apparati statali nell'esercizio delle relative prerogative e quella imputabile ai privati cittadini che abbiano agito in ragione delle prerogative loro attribuite dal diritto positivo o dal common law⁷¹; con il che, in sostanza, si azzera il limite posto dalla *state action doctrine* e da tutte le impostazioni teoriche secondo cui la costituzione disciplina solo i rapporti fra il cittadino e lo Stato⁷². Del resto, la pretesa

⁶⁹ In base al riparto di giurisdizione previsto dall'Art. III della Costituzione (e normativa collegata), la Corte suprema U.S. non vede limitate le sue competenze alle questioni di costituzionalità, ma non può occuparsi di regole la cui nascita ed il cui sviluppo siano appannaggio esclusivo degli ordinamenti degli stati; e lo stesso vale per la Corte Costituzionale sudafricana, per la semplice ragione che la stessa non può mai applicare direttamente quelle regole, le quali vengono implementate da un ordinamento giudiziario al cui apice è collocato un altro organo, la Suprema Corte d'Appello.

⁷⁰ Fra i sistemi che ammettono il *direct horizontal effect* va annoverato anche o soprattutto – a seguire la 'graduatoria' stilata dai compatisti nordamericani – quello irlandese. In effetti, quanto meno a livello declamatorio, la giurisprudenza della Suprema Corte sembra essere fra quelle più propense ad ammettere l'efficacia orizzontale diretta delle disposizioni costituzionali, avendo (ad esempio) in due occasioni affermato che “[i]f a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right or the infringement of a constitutional right, that person is entitled to seek redress against the person or persons who infringed that right” (*Meskeil v. Coras Iompair Eireann*, [1973] I.R. 121, 133) e, più di recente, che “[u]niquely, the Irish Constitution confers a right of action for breach of constitutionally protected rights against persons other than the State and its officials” (*Hosford v. John Murphy & Sons*, [1987] I.R. 621, 626). Sul sistema in questione, fra i tanti, Andrew S. BUTLER, *Constitutional Rights in Private Litigation: A Critique and Comparative Analysis*, 22 *Anglo-Am. L. Rev.* 1 (1993). Nel contesto europeo sembra presentare notevoli profili di interesse – rispetto allo specifico tema trattato – anche la Costituzione portoghese, il cui art. 18 stabilisce che “1. The constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees shall be directly applicable to, and binding on, both public and private bodies. 2. Rights, freedoms and guarantees may be restricted by law in only those cases expressly provided for in this Constitution; restrictions shall be limited to the extent necessary to safeguard other rights or interests protected by this Constitution. 3. Laws restricting rights, freedoms and guarantees shall be general and abstract in character, shall not have retroactive effect and shall not limit, in extent or scope, the essential content of the constitutional provisions” (traduzione tratta dal sito ufficiale www.parlamento.pt).

⁷¹ In tal senso, ad esempio, i lavori di Owen M. FISS, fra i quali, in particolare, *The Many Faces of the State*, 6 *Rev. Const. Stud.* 1 ss. (2001).

⁷² Nella nostra dottrina privatistica, favorevole alla posizione più restrittiva sembra essere, ad esempio, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 35, il quale – sebbene nel contesto di un discorso incentrato sulla libertà di iniziativa economica – afferma che “[l]’art. 41, 1° comma [...] provvede, secondo lo schema del vecchio costituzionalismo, a garantire una *sfera di azione dei privati*, un ambito di scelte in cui lo Stato non può e non deve intervenire. Figura *verticale* – notammo in altro luogo –, e non *orizzontale*, dacché non concerne i rapporti fra i privati (tra soggetti, che esercitano la libertà di iniziativa economica), ma il rapporto tra lo Stato ed il singolo. Le libertà costituzionali corrispondono a doveri di astensione dello Stato, ma nulla dicono circa le relazioni, di coesistenza e di conflitto, con gli altri titolari della medesima libertà. Né l’eguaglianza nella libertà di iniziativa economica può dirsi a rigore concorrenza, poiché le identiche e pari libertà, disponendosi come elementi di una raggera confluyente verso lo Stato, si trovano l’una parallela all’altra, e *non in rapporto l’una con l’altra*. Immagine verticale e statica, laddove la concorrenza si svolge orizzontale e dinamica”; per poi precisare in nota – con un richiamo alla categoria di origine

neutralità delle regole di produzione giudiziale non è più sentita come argomento idoneo ad impedire (almeno, *in toto*) l'applicazione dei precetti costituzionali alle relazioni fra privati⁷³, anche se il dibattito inerente l'effetto orizzontale delle disposizioni costituzionali e il modo migliore per dare ad esse attuazione appare ancora lontano dall'esaurirsi⁷⁴.

Peraltro, la rassegna tratteggiata mette in risalto un fattore che vale a scandire significative somiglianze e differenze fra i sistemi giuridici considerati e quello italiano: la presenza, nell'ordinamento costituzionale, di una 'griglia' di diritti fondamentali alla luce del quale operare il sindacato non solo delle fonti primarie (per loro natura generali ed astratte, quindi rivolte ad una collettività – più o meno ampia, ma tendenzialmente – indeterminata), bensì di qualsiasi atto proveniente dalla pubblica autorità (che, invece, viene normalmente ad incidere su un assetto di interessi dato e coinvolge soggetti già individuati). Beninteso: l'uso dell'elemento discrezionale appena richiamato (per individuare gli ordinamenti più aperti alle complesse suggestioni dello *horizontal effect*) rischia di dar vita ad un'equazione criticabile (e non sempre esatta) se non si tiene conto, altresì, dell'influenza di altre componenti, strutturali e non, dei sistemi considerati, come in parte dimostrano i già cennati riferimenti alla *mittelbare Drittwirkung*⁷⁵. E l'operazione – è d'uopo porlo in luce, seppur senza poter in questa sede scendere nei dettagli – va compiuta per un verso valutando attentamente l'incidenza dei diversi strumenti di tutela costituzionale dei diritti fondamentali offerti al privato nei singoli ordinamenti⁷⁶; e, per l'altro, col tipico approccio 'operazionale' del comparatista, cioè senza limitarsi ad inventariare le previsioni *espresse* di istituti quali il ricorso individuale (alla corte investita del controllo di legittimità costituzionale) *et similia*, ma censendo tutte le concrete possibilità di azione e/o impugnazione concesse al cittadino⁷⁷.

tedesca di cui si è già detto – che, “[p]ur sciogliendosi dallo schema del diritto pubblico subiettivo, e considerando il rapporto alla luce della *Drittwirkungslehre*, dal 1° comma dell'art. 41 si può ricavare al postutto un dovere negativo di rispettare l'altrui libertà, ma non alcun criterio di disciplina delle *attività* concorrenti”.

⁷³ Tuttavia, non è infrequente che i giudici respingano questioni di legittimità costituzionale sulla base della pretesa neutralità del common law e, quindi, della sua inidoneità a ledere i diritti fondamentali: nell'esperienza nordamericana, *Evans v. Abney*, 396 U.S. 435, 90 S.Ct. 628, 24 L.Ed.2d 634 (1970) – da leggere assieme al precedente *Evans v. Newton*, 382 U.S. 296, 86 S.Ct. 486, 15 L.Ed.2d 373 (1966) –, mentre per la giurisprudenza sudafricana si vedano le numerose decisioni citate in MICHELMAN, *The Bill of Rights cit.*, 420 ss., alcune delle quali esprimono perplessità sulla necessità di intaccare il common law alla luce della razionalità e del valore dei quali sono portatrici le regole elaborate nel corso dei secoli (*ibid.*, 437 ss.). In dottrina, fra le voci che si sono mostrate caute rispetto all'opportunità di operare una *judicial review* del common law, J. VAN DER WALT, *Progressive Indirect Horizontal Application of the Bill of Rights: Towards a Co-operative Relation between Common-law and Constitutional Jurisprudence*, 17 S. Afr. J. Hum. Rts. 341 ss. (2001). In posizione nettamente contraria, D. VAN DER MERWE, *Constitutional Colonisation of the Common Law: A Problem of Institutional Integrity*, in TSAR 2000-2, 12 ss.

⁷⁴ Ad esempio, nel suo testo *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, 1999, Mark TUSHNET sottopone ad una stringente critica l'idea secondo cui i giudici sono i migliori interpreti della carta fondamentale – dipendendo spesso l'uno o l'altro modo di risolvere una questione di legittimità costituzionale dalle maggioranze della Suprema Corte – e, in particolare, interpreti migliori del legislatore. Il che porta l'Autore (nel già citato capitolo intitolato *Why and How to Evaluate Constitutional Performance*) a ritenere preferibili metodi di *weak-form of judicial review*, in contrapposizione a quelli attualmente adoperati negli USA. Sul punto, sempre con occhio critico, rilevando che quanto Tushnet afferma (nel primo testo) per gli *statutes* può valere anche per il common law, anche MICHELMAN, *The Bill of Rights cit.*, 426 ss., nonché VAN DER WALT, *Future and Futurity cit.*, 102, il quale ritiene ineliminabile la possibilità che “horizontal application of fundamental rights, historically the most recent and systematically the final way in which the law can be revised in terms of the public interest [...] itself become[s] privatised by privatising interpretations of what a fundamental right means under specific circumstances”.

⁷⁵ Per l'individuazione di vari elementi strutturali dei diversi sistemi di giustizia costituzionale che possono incidere sulla problematica dell'effetto orizzontale, v. TUSHNET, *The Issue of State Action cit.* 84 ss.

⁷⁶ Per un rapido inventario dei Paesi che ammettono il ricorso diretto per violazione dei diritti fondamentali, DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale cit.*, I, 189 ss., mentre per un'informazione più ampia sui singoli sistemi si vedano i vari contributi pubblicati in G. LOMBARDI (a cura di), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1985. Per varie riflessioni storico-comparative sull'evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale, M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 39 ss..

⁷⁷ In effetti, pur senza voler sottovalutare le differenze fra i diversi meccanismi adottati per tutelare i diritti fondamentali (dato che “altro è giudicare, per così dire, in terzo grado, come giudica la Corte suprema americana, altro è giudicare per la prima volta la questione di costituzionalità, dopo che, sì, la questione è passata attraverso l'uno e

Ad ogni modo, anche dopo queste puntualizzazioni, rimane il fatto che la spinta alla costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il riconoscimento di un'efficacia orizzontale per le disposizioni costituzionali emerge principalmente nei sistemi caratterizzati nel modo indicato: dove, appunto, quelle disposizioni sono invocate, se del caso, con immediato riguardo ad una fattispecie concreta nell'ambito della quale si misurano, su sponde contrapposte, anche (ovvero *solo*, una volta superate le maglie della *state action*) i diritti di singoli *cives*. Ciò spiega, ad esempio, perché una risalente decisione della Corte costituzionale tedesca – il caso *Lüth* – sia ritenuto da illustri studiosi di diritto costituzionale comparato “enormously influential”⁷⁸: il sistema tedesco, al pari di quelli di Common Law dianzi esaminati, abilita il privato cittadino ad impugnare gli atti provenienti dall'apparato statale per violazione dei diritti costituzionali fondamentali e, in particolare, gli schiude un *Verfassungsbeschwerde* con cui ricorrere direttamente contro atti od omissioni di qualsiasi autorità – legislativa, amministrativa o giurisdizionale – dopo l'infruttuoso esperimento degli altri rimedi disponibili. E se si mette nel conto che anche altri sistemi – fra i quali quelli spagnolo ed austriaco, nonché vari ordinamenti dell'America latina (mediante l'*amparo*) ed alcuni di quelli dell'Est europeo – prevedono simili forme di tutela dei diritti fondamentali, si può convenire che quello individuato costituisce un importante elemento di comparazione (e di distinzione) rispetto al modo in cui le decisioni dei giudici preposti al controllo di legittimità costituzionale possono influenzare il diritto privato e le sue fonti; o, quanto meno, un elemento in base al quale rintracciare problematiche comuni per verificare come (e con quali effetti sul diritto dei privati) le stesse vengono risolte.

l'altro giudice, come in Germania, ma senza che questi avessero il potere di sindacare la costituzionalità delle leggi”, come ricorda L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, fasc. 1, 13), proprio l'esperienza dei paesi di common law insegna che anche dove non è previsto il ricorso diretto alla Corte costituzionale in ragione della violazione di un diritto costituzionalmente garantito, ciò che conta è la concreta possibilità di azionare il diritto violato davanti alle corti ordinarie e/o di procedere alla impugnazione delle decisioni non conformi al dettato costituzionale fino a risalire la china dei diversi gradi di giurisdizione per arrivare, se del caso ed in ultima istanza, alla Suprema Corte.

Al riguardo, richiamando per il resto quanto osservato in relazione ai quattro sistemi sopra passati in rassegna, si può ricordare che la giurisprudenza costituzionale irlandese, propensa ad ammettere in linea teorica il dirompente *direct horizontal effect*, si è formata grazie alla elaborazione della *constitutional tort action*, la quale – posto che le disposizioni costituzionali vengono appunto ‘lette’ come immediatamente vincolanti anche per i privati cittadini – può essere esercitata anche di fronte alle corti ordinarie: nel senso che “the Irish Supreme Court has interpreted provisions of the Irish Constitution such as the one declaring that «[t]he State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen» to impose a positive obligation on all state actors, including the courts, to protect and enforce the rights of individuals. And this in turn has been taken to require the courts to permit an individual to invoke the constitution directly as a source of a claim against another individual”, GARDBAUM, *The “Horizontal Effect” cit.*, 396.

⁷⁸ Così TUSHNET, in apertura del capitolo *Structures of Judicial Review, Horizontal Effect, and Social Welfare Rights cit.*. Sul punto, altresì, GARDBAUM, *The “Horizontal Effect” cit.*, 400 ss.. Nel caso *Lüth*, 7 BverfGE 198 (1958), un esponente della classe politica di Amburgo che si batteva da anni in favore della tolleranza religiosa si era opposto fermamente alla distribuzione del film antisemita “Jüd Jüss” del regista Harlan, organizzandone il “boicottaggio”. Il regista, allora, aveva richiesto ed ottenuto un'inibitoria, che Lüth aveva impugnato asserendone la lesività per il suo diritto alla libera manifestazione del pensiero. Nel dare ragione al ricorrente, la Corte Costituzionale afferma che, sebbene la *Grundnorm* regoli direttamente solo gli atti della pubblica autorità, la stessa fissa un “ordine oggettivo di valori” che influenza il diritto privato in quanto ogni sua previsione “deve essere compatibile con tale sistema di valori e [...] deve essere interpretata secondo il suo spirito”, essendo compito dei giudici ordinari di armonizzare il diritto privato con il predetto sistema di valori. Quanto dire, per quanto qui interessa, che compete al giudice ordinario, ex art. 1 III GG, interpretare le norme di diritto civile secondo lo spirito della carta costituzionale, mentre “la Corte costituzionale federale verificherà a sua volta se il giudice ordinario abbia o meno valutato correttamente la ‘forza di irradiazione’ della legge fondamentale sul diritto civile” (così G. WALTER, *L'influenza della Costituzione sul diritto civile nella Repubblica federale tedesca*, in *L'influenza dei valori costituzionali cit.*, 167, 174). E' appena il caso di aggiungere che il sistema tedesco continua ad essere punto di riferimento cruciale per il dibattito che si svolge d'oltreoceano: si vedano, ad es., le considerazioni svolte da E.J. EBERLE, *Free Exercise of Religion in Germany And The United States*, 78 Tul. L. Rev. 1023 (2004) e da B. MARKESINIS, *Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, 115 L.Q.R. 47 (1999).

Viceversa, come si diceva nell'introdurre il presente lavoro, nel nostro ordinamento il problema dell'effetto, diretto o no, delle disposizioni costituzionali non sembra aver ragione d'essere: la Corte interviene soltanto sulle fonti primarie, con la conseguenza che l'effetto è sempre indiretto – nel senso che la creazione di nuovi diritti ed obblighi passa per l'intervento sugli atti aventi forza di legge –; ma ciò non pregiudica in alcun modo l'incidenza sul diritto privato, in quanto la natura della regola soggetta a sindacato non crea di per sé alcuna preclusione allo scrutinio costituzionale. Il *discrimen*, semmai, va effettuato fra disposizioni programmatiche e precettive o, meglio (nel presupposto che una siffatta contrapposizione sia stata messa al bando già mezzo secolo fa), distinguendo la diversa capacità di “autoapplicazione” delle norme – del pari, una certa influenza può essere esercitata dal ‘tipo’ di diritto fondamentale, come suggeriscono l'evoluzione del concetto di libertà a partire dall'*habeas corpus* di origine medioevale e l'individuazione di diverse ‘generazioni’ di diritti, fra i quali quelli ‘sociali’ (sulle quali non ci si può qui ovviamente soffermare) –; ma, una volta che la disposizione costituzionale viene assunta come efficace parametro per valutare la legittimità della fonte sott'ordinata, nulla impedisce che la *regula iuris* sia espunta dall'ordinamento⁷⁹. Ebbene, proprio tale elemento sistemico, implicando una lente nettamente diversa (quella indicata in apertura) per guardare al rapporto fra costituzione e diritto privato, induce il giurista di casa nostra a (meravigliarsi del rilievo assegnato oltreoceano al cennato dibattito e a) non lasciarsi impressionare da casi decisi sulla falsariga di *Lüth*. Riprova ne sia, *a contrario*, la posizione emblematicamente assunta da un'attenta dottrina di common law secondo cui il dibattito sull'effetto orizzontale delle disposizioni costituzionali non deve più appuntarsi sulla *state action doctrine*, bensì affrontare frontalmente la questione inerente la ‘portata’ delle disposizioni in questione⁸⁰; la quale – quando sia chiarito che il relativo riferimento costituzionale non si rinviene più nel cennato XIV Emendamento, ma nella *Supremacy Clause*, con conseguente obbligo di procedere al sindacato “[of] any Thing in the Constitution or Laws of any State”, common law incluso⁸¹ – consente di saltare a piè pari i problemi inerenti l'origine delle regole, la loro ‘verticalità’ ed il coinvolgimento degli apparati statali nella violazione dei diritti garantiti dalla carta costituzionale⁸², aggiungendo alla tassonomia adottata oltreoceano la categoria dello *strong indirect horizontal effect*⁸³.

⁷⁹ L'evoluzione alla quale si fa cenno nel testo sembra aver caratterizzato anche i Paesi di Common Law, come dimostra il dibattito inerente i *vertical rights* richiamato con riguardo al sistema australiano. Per un recente esame delle tipologie di diritti fondamentali che entrano nell'orbita delle moderne costituzioni, dei vari strumenti di tutela approntabili e dei relativi problemi, v. TUSHNET, nel capitolo intitolato *Enforcing social and Economic Rights* all'interno del già citato testo in corso di pubblicazione.

⁸⁰ Al riguardo, nel ripensare la stessa categoria dell'effetto orizzontale indiretto, GARDBAUM (*The “Horizontal Effect”* cit., 411-412), osserva: “As we have just seen, the issue of the scope of application of constitutional rights is resolved within comparative constitutional law by answering the following series of questions: (1) Are individuals as well as government actors bound by constitutional rights? (2) Do constitutional rights apply to private law or common law? (3) Are courts bound by constitutional rights? (4) Do constitutional rights apply to litigation between private individuals? The answer to the first of these questions resolves only the issue of direct horizontal effect; the remaining ones address the issue of possible indirect horizontal effect. In the United States, however, the only question that is conventionally asked concerning the scope of constitutional rights is the first one, and the answer given (the state action doctrine) is supposed to supply all necessary answers to the general issue. Constitutional rights bind only the state and may be invoked only against action of the state. There is only one way in which constitutional rights apply: either directly and fully because of the state action involved or not at all. There is no second tier of indirect application. Hence the conventional view of the United States as epitomizing the vertical-only position on the theoretical spectrum. The notoriously tricky question is how exactly to draw the line between state and private action, which polices the boundary between the application and non-application of the Constitution”.

⁸¹ Ciò diviene più agevole se si considera che nel famoso caso *Erie v. Tompkins* (304 U.S. 64, 78 (1938)), il common law è stato ritenuto “part of the Laws of any State”. Pertanto, anche se la *Supremacy Clause* non si riferisce espressamente al common law “it would be a perverse interpretation of «Laws of any State» to exclude state common law, particularly as it is typically subordinate to state statutory and constitutional law” (*Ibidem*, 419).

⁸² Nel pensiero di GARDBAUM l'adozione di una diversa lettura prende le mosse proprio da una riconsiderazione del sistema tedesco, in relazione al quale si osserva significativamente che “[w]ithin the comparative constitutional law literature on vertical-horizontal effect, Germany is often understood to share the same position on the spectrum as

Peraltro, una volta tornati – dopo un percorso tanto ricco quanto accidentato⁸⁴ – al profilo evidenziato in apertura, la ricostruzione del dibattito non rimane senza costrutto, perché l'analisi

Canada. Constitutional rights have indirect horizontal effect because they influence, but do not directly govern or control, private law disputes between individuals. In both countries, the courts have a duty to take constitutional values into account when adjudicating purely private litigation, but are not bound to ensure the full compatibility of the relevant private law with constitutional rights for the latter do not apply directly to the case. The only major difference between the two countries on this understanding is that the type of law not directly governed by constitutional rights in Canada is judge-made common law at issue in private litigation, whereas in Germany, a civil law country lacking such a source of law, it is the broader category of statutory private law, including the Civil Code. This understanding of the constitutional position in Germany is, however, mistaken” (*Ibidem*, 401). Invero – spiega l'Autore – “in Germany (unlike in Canada) all private law is directly subject to constitutional rights and is invalid if in conflict with them. Within comparative constitutional law, this fact has sometimes been overlooked, and the German and Canadian positions falsely equated, because of confusion about what exactly is “indirect” in the concept of indirect horizontal effect. What is indirect is the effect of constitutional rights on private actors. Unlike the direct effect of constitutional rights on private actors resulting from imposing constitutional duties on them in the fully horizontal position, indirect horizontal effect is achieved via the impact of constitutional rights on the private law that individuals invoke in civil disputes. This impact on private law can be either direct, where constitutional rights fully apply to it, or indirect, where courts are required to take constitutional values into account in interpreting and applying its provisions. Conceptually, however, it does not matter which of these two methods is adopted; it is the indirectness of the effect on private actors, not on private law, that defines the general position” (*Ibidem*, 404).

Proprio partendo dalle premesse appena richiamate – e recuperando la prospettiva che valorizza l'incidenza sulla fonte – si osserva allora che “the still-governing Lüth principle employs both direct and indirect methods of subjecting private law to constitutional rights. As institutions bound by the Basic Law, the civil courts have a duty to take constitutional values properly into account in interpreting and applying private law when adjudicating disputes between individuals. This duty is indeed broadly similar to the one placed on Canadian courts in adjudicating purely private common law actions. Unlike the situation in Canada, however, it is not the only relevant constitutional duty. For if the provision of German private law governing a dispute between individuals cannot be interpreted consistently with the basic rights, it must be invalidated because these latter constitute directly applicable higher law norms”.

⁸³ Le osservazioni di cui alla nota precedente inducono Gardbaum a formulare le seguenti osservazioni con riguardo al sistema americano: “contrary to the standard view in comparative constitutional law, the United States does not in fact adhere to the polar vertical position, or indeed to any of the other positions on the scope of constitutional rights that exclude certain laws from full and direct constitutional review. It adheres instead to the position suggested by Justice Krieger in *Du Plessis*. All law of whatever type and source--whether public or private, whether statutory or judge-made, whether relied on in litigation between an individual and the state or between individuals--is directly, fully, and equally subject to the Constitution. Accordingly, whenever a law is invoked or relied on before a court, there is no threshold issue to be resolved before its constitutionality may be assessed. The only genuine issue in every case is whether that law is consistent with, or violates, the Constitution. Although no constitutional duties are thereby placed on private actors, constitutional rights have substantial impact on (1) what individuals can lawfully be permitted or required to do, and (2) which of their interests, preferences, and actions can be protected by law. This position may usefully be termed “strong indirect horizontal effect” to distinguish it from the weaker version adopted by Canada and South Africa under its Interim Constitution” (*ibid.*, 414-5).

⁸⁴ C'è spazio per contributi inclini a dilatare il quadro, rendendolo, se possibile, più complesso. Assai di recente è stato suggerito che le dottrine intese ad esplicitare il rilievo della normativa costituzionale nelle controversie tra privati –la *mittelbare Drittwirkung*, la sua variazione canadese in termini di *indirect horizontal effects* e la stessa *State Action Doctrine*— avrebbero ben poco da dire sul tema che, a livello declamatorio, sono chiamate a gestire; contribuirebbero, anzi, ad offuscarne la comprensione, scandendo distinzioni arbitrarie e non correlate alle questioni sostanziali sottese. In realtà, secondo tale prospettiva, quelle elaborazioni esprimono preoccupazioni diverse, per lo più ‘ambientali’ e, quindi, contingenti al singolo sistema. Così, il consolidarsi della *unmittelbare Drittwirkung* in Germania non starebbe ad indicare un'opzione per risultati preclusi per chi segua la traiettoria dell'invocazione diretta dei diritti costituzionali (sotto questo profilo, anzi, i due approcci darebbero esiti praticamente indistinti), ma esprimerebbe, a livello di sociologia giuridica, il tributo pagato all'orgoglio storico dell'*establishment* dei cultori del diritto privato, la cui egemonia culturale sarebbe stata messa a repentaglio dall'ingresso senza mediazioni dell'argomento costituzionale. La versione canadese dell'effetto orizzontale indiretto, invece, sarebbe condizionata dalla constatazione che il vaglio costituzionale è assai più rigido, quando volto a scrutinare una norma di legge, di quanto lo sia rispetto ad una regola di common law; di qui l'ipotesi che la maggiore deferenza nei confronti dell'elaborazione schiettamente giudiziale dipenda dal fatto che la stessa corte suprema è investita sia del compito di presiedere allo sviluppo del common law, sia di vagliare la coerenza al dettato costituzionale, sì che l'opportunità di promuovere il dialogo inter-istituzionale (in sostanza, il rapporto col legislatore, che potrebbe pur sempre smentire le scelte giudiziali) induce ad una diversità, per

comparativa propizia una più attenta ed approfondita valorizzazione della giurisprudenza costituzionale. In primo luogo, infatti, la categoria della *underinclusiveness* di origine canadese induce a guardare con diverso occhio le sentenze manipolative ed additive, al fine di verificare in che modo e fino a che punto esse siano strumento di creazione di nuovi diritti (seppure appoggiandosi a quelli già previsti dal legislatore)⁸⁵. In secondo luogo, e soprattutto, la categoria del *direct horizontal effect* non può che portare alla valorizzazione delle sentenze interpretative che – come insegna, ad esempio, la storia del danno biologico, nonché la decisione n. 233 del 2003 (che ha avallato le decisioni gemelle della Suprema Corte nn. 8827 e 8828 del medesimo anno) – rappresentano, sì, interventi ben più *soft* di quelli passati in rassegna, ma possono comunque risolversi, con incursioni profonde sul diritto vivente, nella consacrazione di diritti creati *direttamente* in via pretoria o, se si vuole, di regole di fonte non legislativa (per quanti esercizi di stile si vogliano fare attorno all'interpretazione della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.).

Di qui, allora, l'ultima considerazione di taglio comparativo, che – partendo di nuovo dai sistemi di Common Law e dalla rassegna svolta, ma con la dichiarata prospettiva di allargare il campo d'indagine alla prima occasione utile – porta a chiedersi se davvero in tutti gli ordinamenti le *background rules* (soggette eventualmente a *judicial review*) s'identifichino con la disciplina del diritto privato e, quindi, quali siano le (sue) fonti in relazione alle quali verificare l'incidenza del controllo di costituzionalità. Già partendo dagli ordinamenti passati in rassegna, si scopre che non solo una parte del common law disciplina potestà che (con tutti i limiti dati dalla diversa struttura dei sistemi rispetto al nostro) appartengono al diritto amministrativo, ma anche che in alcuni di essi il primato della Costituzione si ritiene essere legittimato dal common law stesso, che ha conferito i necessari poteri alle assemblee legislative⁸⁶. Con la conseguenza che, in quei sistemi, il riconoscimento di “one system of jurisprudence” sfuma i confini della distinzione fra pubblico e privato, obbligando ad una più attenta riflessione sull'incidenza – anzi, sulle vie di incidenza – della carta costituzionale.

Appena un passo più in là si staglia la consapevolezza che la stessa *summa divisio* fra diritto pubblico e privato non solo è “culturalmente contingente”, nel senso di non trovare riconoscimento alcuno negli ordinamenti lontani dalla *western legal tradition* (per intendersi: è ancora diritto privato l'insieme delle regole che nei Paesi islamici disciplinano i rapporti familiari e trovano la loro fonte sovraordinata e principale nel Corano?), ma è oggi largamente revocata in dubbio, perché artificiosa e incoerente, persino laddove è ricevuta da sempre. Ma, per questa via, si apre un altro discorso, molto più impegnativo.

così dire tattica, di approccio. Per quanto riguarda la *State Action Doctrine* di marca statunitense, la sua maggiore restrittività rispetto alle altre due esprimerrebbe non soltanto l'influenza di un retaggio storico importante, ma anche il differente modo di categorizzare i diritti fondamentali, sottraendoli alle insidie di un'applicazione troppo allargata del principio di proporzionalità. Per quest'impostazione, in taluni passaggi originale sino al limite dell'azzardo concettuale, v. M. KUMM e V. FERRERES COMELLA, *What's So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect* (paper ancora inedito).

⁸⁵ In merito alla responsabilità statale per aver omesso di tutelare i diritti dei singoli *cives* è altresì interessante l'esame (che non si può compiere in questa sede) della copiosissima giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la quale si trova spesso a condannare gli Stati per non aver prestato la dovuta vigilanza e protezione, con onere della prova a carico degli Stati stessi (per tutti, v. P. VAN DIJK e G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer-Boston, 1990, 74 ss., 494, 500 ss.).

⁸⁶ Si veda, per il sistema australiano, O. DIXON, *The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation*, 31 Australian Law Journal 240 (1957). In giurisprudenza, *Australian Communist Party v. Commonwealth*, (1951) 83 CLR 1.