

Uno studio sulla “*dissenting opinion*” con particolare riguardo all’esperienza del diritto inglese

di Mario Serio

Abstract: *A study on dissenting opinions in the English common law* – The essay explores the many means through which judicial dissent has traditionally made its way into the English legal system in order to be finally accepted as an ineliminable instrument that the minority has availed itself of to air its differing opinion, mostly in matters of general, public importance. So, the research is in the first place directed towards the identification of the different types of dissent and of the forms (even concurring) in which it may be shaped. Furthermore, the study involves the attempt to find out what reasons may underlie the expression of dissent and whether they may conceal some kind of idiosyncratic state of mind on the part of the dissenters. A view is also taken of a number of famous, even for their strong tones, dissenting opinions in the courts of last instance. The general, and reassuring, impression is that such dissents not only reflect issues and values which reasonably may split the public opinion as well as the courts. They are also expressed with the clear perspective of contributing, although adopting a different point of view, to a better development of the domestic legal system. And not infrequently dissents have over an adequate span of time converted themselves into majority views once their intrinsic force has come to be accepted. Which brings us to conclude that dissent in itself does not constitute a menace to the coherence and credibility of a legal system, is well embedded in the English legal tradition and is not likely to be abandoned in the foreseeable future. Conversely, it gives rise to a positive example that could be fruitfully followed, without any fear, by continental systems, such as the Italian, so sweeping away the unjustified diffidence and suspicion that dissent might shake its stability.

Keywords: Dissenting opinion – Definition – Classifications – Admissibility – Assenting, dissenting and concurring opinion – Risks and benefits – Famous dissenting opinions in the House of Lords and in the UK Supreme Court – Dissenting opinion and progress of the common law

285

1. La specificità del problema in un sistema di Common Law: cenni introduttivi generali

Il significato ed il peso delle decisioni giudiziarie in genere sono direttamente correlati ai profondi caratteri contraddistintivi del sistema giuridico in cui si inseriscono ed alla rilevanza che questo riserva a tale categoria di atti. È, pertanto, del tutto intuitivo che ordinamenti, quale quello inglese, di derivazione giudiziale (essendo il loro apparato disciplinante frutto della coordinata opera giurisprudenziale: “*judge made*”) abbiano storicamente fondato la propria stabilità sull’aderenza al principio,

riassunto nella celebre formula “*stare decisis*”, della collocazione del precedente in una posizione costitutiva dell’intero sistema concepito nella sua complessità.

Tuttavia, una concezione puramente assertiva degli obblighi conformativi delle passate pronunce gravanti sui Giudici successivi rischia di ignorare la varietà di sfaccettature esibite dalla raccolta, e dal connesso esame, della massa di produzione giurisprudenziale. Si tratta di una cautela che viene suggerita dagli studi più approfonditi, ad esempio, del *common law* inglese dai quali traspare l’esigenza di operare un esame completo del “precedente” al fine di ricavarne regole sicure circa i limiti, se esistenti, della sua possibile proiezione futura in termini di consolidamento di un principio avente valore sostanzialmente normativo. In altri termini, la cautela di cui si discute deve spingere lo studioso verso la fondamentale attività della interpretazione del precedente, scomposto nella sua duplice dimensione giuridica e fattuale¹, allo scopo di coglierne la specifica attitudine ad iscriversi o meno con forza cogente nel generale universo ordinamentale. Non è qui necessario soffermarsi sui non pochi indici capaci di generare un supplementare onere di diligente analisi dei precedenti in modo da scoraggiare meccanici ed acritici innesti nella rete del sistema. Certamente si inserisce in questo circuito di scavo ermeneutico il tema della compresenza all’interno di una medesima sentenza di una pluralità di opinioni, omogenee o non, espresse dagli appartenenti al collegio giudicante. Già a questo punto affiora, in via di posizione di accurati criteri interpretativi, il problema della classificazione delle distinte opinioni riscontrabili nella medesima decisione. Questa scelta tassonomica, infatti, come si vedrà, non soltanto obbedisce ad una piana esigenza classificatoria; essa serve anche a graduare l’intensità ed il livello di prospettiva immodificabilità della regola enunciata nella singola pronuncia e, al tempo stesso, a farne risaltare una intima fragilità a propria volta bisognosa di futuri ripensamenti se non addirittura di interventi legislativi rettificativi. In questa particolare area dello studio dei precedenti nel sistema inglese di *common law* trova un posto di incontrastato rilievo il tema della individuazione nello stesso documento decisorio di opinioni tra loro non coincidenti o, comunque, non completamente sovrapponibili.

2. Una plausibile distinzione delle opinioni presenti nella medesima sentenza

Una visione manichea della struttura della sentenza inglese, ed in particolare di quella civile a proposito della quale minore è stata l’influenza dei retaggi tendenti all’uniformità delle opinioni individuali², suggerisce che il palesamento di punti di vista divergenti, la cui maggioranza si risolva a sfavore dell’imputato, ne accrescerebbe la frustrazione per l’esito contrario

¹ Sull’importanza di quest’ultima si può vedere, Serio, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario*, in *Europa e diritto privato*, 2013, pag. 357 ss.

² Nei processi penali svolti negli ultimi gradi di impugnazione si è tradizionalmente affermata la regola preclusiva dell’espressione di opinioni separate (“*seriatim*” secondo la terminologia invalsa nel diritto statunitense): la spiegazione riportata nel testo viene offerta da una classica opera dottrina: Blom-Cooper and Drewry, *Final appeal-A study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford, 1972.

del giudizio. Ma la tendenza si giova, altresì, di una base normativa ripetuta nel tempo. Ed infatti, già la sezione 1(5) del *Criminal Appeal Act* del 1907 precludeva la possibilità di opinioni separate da parte dei giudici della *Court of Criminal Appeal* senza l'assenso del presidente del collegio. La disposizione è stata poi replicata dall'omonima legge del 1966 che, al pari della precedente, consente l'espressione di giudizi individuali nella sola ipotesi che il presidente della corte la reputi opportuna; al solito essa adotta la netta, bipolare contrapposizione tra opinioni dissenzienti ed opinione (o opinioni) di maggioranza, nell'evidente presupposto che il fondamento della distinzione possa solamente rinvenirsi nella discordanza/concordanza con l'esito della lite. L'osservazione della realtà, e le inferenze che sul piano tassonomico ne derivano, devono abituare ad un punto di vista ben più articolato che assuma come criterio discretivo indici valutativi diversi. Ed infatti, accurati studi³ hanno permesso di raggruppare in via generale in una quadripartizione le occasioni che possono dar luogo su un piano di maggior frequenza statistica e secondo una linea valoriale netta a differenti opinioni (che si risolvano o meno in contrapposte conclusioni decisorie). Si possono distinguere, infatti, posizioni contrastanti in ragione dell'adesione a scale di valori diverse, se non addirittura in conflitto. In secondo luogo la divaricazione può prendere le mosse dal ricorso allo sviluppo di argomenti di natura formale o sostanziale (quali, rispettivamente, la fedeltà a sistemi di ragionamento fondati sul rispetto di valori tradizionali o, all'opposto, attinenti alla desiderabilità di un dato risultato di carattere sostanziale). Ed ancora, il contrasto può aver ad oggetto la ricerca di un principio generale aprioristicamente definito in funzione della risoluzione della controversia ovvero l'accoglimento di un modo di orientare la decisione secondo un procedimento ispirato a pragmatismo in termini di utilità delle sue conseguenze. Ed infine, la più rilevante ed agevolmente spiegabile origine della pluralità di punti di vista è quella che riporta inevitabilmente alla valutazione eminentemente soggettiva ed individuale sia delle concrete circostanze del caso sia della prognosi degli effetti che la sentenza possa produrre in futuro. Se quello appena passato in rassegna può dirsi l'approccio tipologico al fenomeno delle opinioni dissenzienti nel mondo di *common law* in genere, maggiormente meritevole di esame critico appare l'altro basato su considerazioni di genere funzionale, ossia concentrate sugli scopi e sui moventi perseguiti attraverso la perpetuazione della prassi di respingere l'idea del monolitico solipsismo giudiziale. Ancora una volta, a guidare l'esplorazione volta alla ricerca di un minimo comun denominatore ravvisabile nelle opinioni dissenzienti è l'attento scrutinio dell'esperienza. Si ritiene, infatti, che le discrepanze di giudizio siano in primo luogo mirate a far risaltare le carenze addebitabili alla motivazione fatta propria dalla maggioranza⁴. In questo modo si perverrebbe, in vista dell'attuazione di una politica rivolta al controllo ed alla riduzione del possibile danno determinato dall'opinione di maggioranza, a circoscriverne la portata e l'efficacia. A tal riguardo si evoca, addirittura, richiamando i più celebri dissensi, la loro capacità profetica sotto il profilo della riaffermazione di principi

³ Alder, *Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, pag. 227 ss.

⁴ Brennan jr., *In Defense of Dissents*, *Hastings Law Journal*, 1986, pag. 430 ss.

fondamentali⁵. Vi è, infine, per quanto fortunatamente marginale, l'ipotesi del dissenso corrivo, vale a dire quello cocciutamente ed ostinatamente espresso nei confronti di un'opinione di maggioranza che ha ormai trovato credito e costante applicazione⁶. Trattandosi, tuttavia, non più di una posizione tenuta in una singola e delimitata occasione, come tale ricadente nello spettro della presente indagine, quanto di un atteggiamento dogmatico e rispondente ad un punto di vista generale (si potrebbe dire, una posizione dottrinale), di essa non appare utile occuparsi. Piuttosto, va utilmente recepito quale elemento fondante della presente ricerca lo spunto di riflessione, formulato all'incrocio tra i sistemi di *common law* britannico e nord-americano secondo cui l'intrinseca forza efficiente dei dissensi va colta nella loro attitudine a costituire parte integrante dell'evoluzione di un ordinamento giuridico che sarebbe seriamente impedita nel caso in cui i giudici ricusassero di avvalersi di tale strumento⁷.

3. La difesa giudiziale delle “dissenting opinions”

Benché, come si vedrà di seguito, il tema qui trattato debba, per ragioni storiche, metodologiche e di sostanza, dichiararsi tributario del *common law* inglese, è, tuttavia, innegabile, che alcune tra le più fulminanti e, per ciò stesso, popolari, osservazioni circa la benefica portata del pluralismo di opinioni giudiziali vadano accreditate a giuristi statunitensi. Nella specie si trattava di un non notissimo giudice della Supreme Court della Florida nel caso del 1925 *Stark v Holtzclaw*⁸, riguardante gli obblighi indennitari gravanti su una società erogatrice di energia elettrica a seguito della collocazione dei fili di conduzione sui rami di un albero sorgente nella pubblica via ed in prossimità di una scuola i cui giovanissimi allievi avrebbero potuto arrampicarvisi con grave rischio della propria incolumità. Ed infatti, il giudice Ellis, dissenziente dall'opinione della maggioranza favorevole alle ragioni dei danneggiati, si impegnò in una strenua ed appassionata difesa del diritto di non concordare (sebbene, in effetti, non apprezzabilmente esercitato nella fattispecie), risolvendosi in una sorta di manifesto culturale di sicuro pregio ai fini dell'inquadramento dogmatico e finalistico della figura. Le ragioni addotte a sostegno della somma proficuità della varietà decisoria si rivelano particolarmente solide e convincenti, così resistendo all'usura del tempo trascorso dalla loro originaria formulazione. Pur partendo dall'assunto dell'auspicabilità della certezza del diritto, di certo attingibile mediante la fissazione in sede giurisprudenziale di principii incontrovertiti e diffusi tra i componenti di una corte di ultima istanza ai quali i cittadini possano guardare come sicuri punti di orientamento per le proprie condotte, venne rilevato dal Giudice Ellis che, allorché sia impossibile raggiungere in un dato caso una posizione comune circa le regole giuridiche

⁵ Brennan, cit., pagg. 430-431, in cui viene citata la frase di Barth, mutuata dall'omonima opera del 1974, che definisce gli autori di famose opinioni dissenzienti quali “*Prophets with honor*”.

⁶ Brennan, cit., pag. 436 ss. con ricchezza di esempi.

⁷ Zekri, *Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape The Law And Impact Collegiality Among Judges*, *FLA Bar J*, 2020, pag. 8 ss.

⁸ 90 Fla. 207.

applicabili e la definizione della lite, l'emersione delle voci tra loro in conflitto serva la causa della chiarezza e della trasparenza. Di speciale interesse va considerata la successiva osservazione di carattere introspettivo in ordine al processo psicologico che dovrebbe guidare il dissenziente a portare all'esterno il proprio pensiero piuttosto che a sacrificarne la pubblicazione: lo scopo non può che essere quello di esprimere in assoluta e genuina buona fede la propria idea nella soggettiva certezza che essa consenta la più fedele rappresentazione del diritto applicabile alla fattispecie e nella ragionevole previsione che essa andrà nel tempo affermandosi. Sulla base di questi elementi si ritennero superabili in breccia gli argomenti contrari poggiati sul timore dell'indebolimento dell'autorità del precedente al cui interno si annidasse la manifestazione del dissenso.

E' indubbio che, nel vasto panorama che si andrà tratteggiando in cui viene a svolgersi il dibattito sulla compatibilità del dissenso in sistemi ordinamentali di pretta fabbrica giudiziale, la tesi appena illustrata presenti un dato di non trascurabile peso, quanto meno nel terreno del travaglio interno che percorre chiunque svolga il magistero decisorio pubblico. Ed invero, la connotazione della distanza che si prende dalla pronuncia di maggioranza vede stingere il sospetto che essa stia a sottolineare una deprecabile ansia protagonista o autocelebrativa. Il dissenso viene, in questa prospettiva, declinato quale adempimento del dovere di assecondare la propria coscienza più profonda e, in aggiunta, di far circolare un'interpretazione orientata alla decisione del singolo caso che obbedisca ad una meditata ricostruzione della materia oggetto del giudizio. Indagando da questa prospettiva non sembra possibile né prudente privarsene nel prosieguo della ricerca per la sicura capacità che da essa sgorga di comporre un mosaico, seppur frastagliato, quanto più ampio di ciascuna delle tessere che danno vita all'immagine delle "*dissenting opinions*".

Volgendo adesso lo sguardo al diritto inglese è nella sua storia, anche risalente, che vanno identificate le tracce di un duplice scenario: quello afferente alla riconosciuta pratica di consentire, da parte dei Presidenti dei collegi giudicanti, la esplicitazione delle opinioni individuali dei singoli giudici e, d'altra parte, l'altro riferibile al coordinamento tra opinioni di maggioranza e di minoranza al fine di determinare definitivamente il contenuto dispositivo di ogni pronuncia.

Quanto al primo aspetto, puramente organizzativo e spoglio di una base teorica sufficientemente esplicativa, è di grande interesse la citazione del caso civile *Millar v Taylor* del 1774⁹ vertente sul complesso dei diritti, patrimoniali e non, spettanti agli autori di opere a stampa (aventi o meno carattere letterario). In quell'occasione, nella quale ebbe luogo il concorso di opinioni differenti, il Lord Chancellor, nel prenderne atto, dispose che ciascuno dei Giudici procedesse all'esposizione delle proprie ragioni su ognuna delle questioni dedotte in giudizio. In particolare, fu previsto che il compito fosse espletato secondo lo schema "*seriatim*" (che in precedenza abbiamo visto normalmente escluso nei processi penali)¹⁰, ossia attraverso la separata illustrazione delle opinioni individuali la cui prevalenza aritmetica avrebbe determinato la decisione finale. Ciascuno dei giudici fu

⁹ 4 Burr 2409 ss.

¹⁰ Cfr. par. 2.

personalmente interpellato e richiesto di pronunciarsi motivatamente sui quesiti formanti oggetto del dibattito. Poté così emergere una nozione di collegialità che a lungo sarebbe stata (non in assenza di visioni alternative, come subito si dirà) coltivata come connaturale al sistema giudiziario inglese. Ovverossia di quella secondo cui le Corti giudicavano in quanto atomisticamente composte da un variabile numero di giudici, ognuno chiamato a formulare una autonoma manifestazione di volontà e di giudizio resa pubblica senza alcuna previa necessità di dialettico confronto con gli altri membri del collegio e, in ultima analisi, al di fuori della ricerca di una volontà comune: la somma delle volontà individuali produceva, pertanto, come risultato la decisione finale. Non può tacersi che questa vada oggi classificata come una teoria priva delle essenziali rifiniture concettuali dirette a restituire la dignità dogmatica cui la grossolanità dell'esito fa certamente velo. Basti pensare, ad esempio, alle grandi difficoltà nel reperimento di una "*ratio decidendi*" comune ed idonea a guidare le Corti nel futuro. Ciò spiega la ragione per la quale in seguito, pur mantenuta la struttura "algebrica" della decisione, si provvide, con successo, da parte degli interpreti ad enucleare le ragioni della decisione, di volta in volta ravvisandole nei passaggi più significativi delle opinioni individuali o, come più di frequente è avvenuto, elevando una singola opinione di maggioranza, per la sua ricchezza e completezza, ad archetipo precedente.

Tuttavia, poco meno di un quarto di secolo dopo, nella decisione del 1798 di un altro caso civile, *Grindley v Barker*¹¹, riguardante il compenso spettante ad un artigiano per i servizi resi ad un cliente, fu affermata l'ovvia regola per cui nel caso di giudizio affidato ad un organo collegiale la decisione consistesse in quella risultante dalle opinioni individuali maggioritarie esplicatesi nel risolvere il "*thema decidendum*": massimo rilievo va, per converso, riconosciuto all'argomentare adottato da ciascuno dei giudici in relazione al tema della coesistenza, e dei relativi effetti, di una molteplicità di punti di vista interni alla medesima Corte. Il Presidente e Lord Cancelliere Eyre affermò (ed all'affermazione si uniformò anche il giudice Buller) che la collegialità non possa che risolversi nell'affermazione del criterio maggioritario quanto alla decisione finale, con l'ulteriore precisazione che l'opinione prevalente finisce con il rappresentare quella dell'intera Corte¹². È netta la rottura rispetto all'idea atomistica circolante in *Millar v Taylor*, in quanto appare nitida all'orizzonte l'immagine di una collegialità nella quale annega, confluendovi, la singola volontà individuale, sicché la prima conquista una propria, autonoma essenza. E ciò, peraltro, in un contesto nel quale lo stesso Eyre non esitò a dichiarare l'ineliminabilità dell'evenienza che i singoli giudici siano portatori di specifiche opinioni tra loro non coincidenti. In questa riedizione del concetto e della struttura della collegialità si immisero concordemente anche i giudici Heath e Rooke. Essi, rispettivamente, sottolinearono l'esigenza che, in ogni caso, ciascuno dei componenti il collegio esprimesse la propria opinione (non potendosene prescindere anche nell'ipotesi di già avvenuta formazione di una

¹¹ 1 Bos & Pul 229, successivamente seguita nel 1827 in *Kent Water Works* e nel 1832 in *Wilkinson v Malin*.

¹² "...the majority of persons assembled will conclude the minority, and an act done by them will be the act of the whole body".

maggioranza) e che tale giudizio individuale non bisognasse in alcun modo di convergere con quello altrui, dovendo, comunque, preservarsi la volontà della maggioranza¹³.

Questo breve viaggio nelle radici del *common law* inglese ci rende familiare l'idea che non solo, ed intuitivamente, ciascuno degli appartenenti ad un organo giudicante in composizione collegiale è chiamato, senza potersi esonerare, a pronunciarsi, ma anche che, nello svolgere questo ufficio, gode della libertà di rendere nota, pubblicandola, la propria opinione. Il tema incentrato sulla definizione della collegialità quale prodotto della somma di singole opinioni o, al contrario, come frutto di una inedita, impersonale volontà collettiva, è certo stimolante a livello di teoria generale degli organi pluripersonali. Esso, tuttavia, perde di suggestioni significative nell'area, qui occupata, che include l'in sé (ossia, natura, struttura, fini, limiti, ammissibilità, etc.) delle opinioni dissenzienti nel sistema giudiziario inglese, e, per debita estensione, in quella specifica e vasta dimensione territoriale del *common law*.

4. Il latente conflitto tra individualismo e collegialità nel labirinto delle sentenze inglesi

Il motivo concreto che rende sempre attuale e vivace il dibattito sulle opinioni dissenzienti nel *common law* inglese va scorto nella circostanza che i procedimenti trattati nelle corti superiori, ed in special modo in quelle di ultima istanza (fino all'ottobre del 2009 la House of Lords e successivamente la Supreme Court) si svolgono davanti ad organi collegiali. Pertanto, il fenomeno qui studiato si presenta con punte di massimo interesse attorno a pronunce di alto livello emanate in casi che catturano l'interesse dell'intero universo dei giuristi. La possibilità tradizionalmente conferita, con gli aggiustamenti che più di recente sono stati prudentemente divisati e di cui si dirà nel corso del lavoro, a tutti i giudici che siedono nel collegio di far circolare la propria opinione implica naturalmente la tentazione, generalmente resistita, di lasciare una netta impronta individuale nella decisione, sia in termini ideologici sia anche con riguardo allo stile letterario. È per questo che informate riflessioni puntano l'attenzione sull'individualismo quale caratteristica essenziale della funzione giudiziaria britannica, soprattutto nei gradi più elevati di giurisdizione¹⁴. Si nota al riguardo che nel *common law* inglese convivono poli all'apparenza opposti: l'uno costituito dall'intramontabile affezione al principio dello "*stare decisis*" quale epitome dello stesso fondamento etico del processo giurisdizionale e l'altro, derivante proprio dalle possibili distorsioni individualistiche, scolpito nel sarcastico pronostico che il concorso di più menti giuridiche alla formazione di una decisione garantisce un'unica certezza, quella della presenza, magari sporadica, di disaccordo tra di esse¹⁵. E ciò, con il lamentato

¹³ Così il giudice Rooke concluse la propria motivazione: "*Each man is after due examination and inquiry to decide according to the best of his judgment, and the question is to be determined by the opinion of the majority*".

¹⁴ Blom-Cooper and Drewry, cit., pag. 79.

¹⁵ *Op. loc. ult. cit.*

effetto che nella battaglia tra elevate menti giuridiche perdente sia il valore della certezza del diritto, intesa come l'essenza di qualsiasi giurisprudenza razionale¹⁶.

L'evenienza non è stata mai dissimulata dalle stesse corti di giustizia, né esorcizzata come male in sé nella misura in cui potrebbe attentare alla stabilità del sistema generale. Rimane celebre anche per l'immaginifica espressività la frase pronunciata dall'apprezzato Lord Diplock (all'epoca giudice della Court of Appeal) in un'importante sentenza promanante da tale organo del 1965 nel caso *Morris v C. W. Martin & Sons Ltd*¹⁷. Egli intese riassumere lo spirito di quell'ordinamento traendo ispirazione esattamente da un parziale dissenso rispetto al ragionamento (ma non alla conclusione) svolto dal Presidente del collegio, Lord Denning, *Master of the Rolls*¹⁸. L'autore della frase che si sta per riportare ritenne che la decisione del caso (favorevole alla tesi sostenuta dalla titolare del bene trafugato) non dovesse necessariamente reggersi sull'ampia proposizione formulata da Lord Denning secondo cui non occorre per la costruzione di un fondamento di responsabilità del sub-depositario l'esistenza di un previo accordo di natura contrattuale tra depositante e primo depositario. Egli fu, piuttosto, dell'opinione che a giustificare la responsabilità del convenuto ed il correlativo obbligo risarcitorio bastasse il fatto puramente contingente che il furto fosse avvenuto ad opera del dipendente della persona cui, nell'ambito di un rapporto oneroso, il bene era stato affidato nell'interesse della proprietaria. Si era certamente in presenza di quella che, secondo la corrente e più accreditata tassonomia in materia, andava definita come opinione "concorrente" e non "dissenziante", data l'identità dell'esito dell'analisi¹⁹. Ciò malgrado, Lord Diplock osservò che la strada seguita per pervenire al medesimo risultato decisorio non poteva in ogni sua articolazione argomentativa identificarsi con quella disegnata da Lord Denning. Di questo non mostrò alcun rammarico, nonostante l'autorevolezza della posizione del Presidente del collegio, in quanto l'evento appariva del tutto compatibile con la bellezza della natura e della struttura del *common law* inglese, che espressamente qualificò come un "labirinto" e non un' "autostrada"²⁰. Vale la pena di indugiare su questa locuzione molto fortunata e popolare, e non senza ragione. Essa, infatti, abbraccia come ineluttabile il presupposto sistemico che un diritto giurisprudenziale né possa né debba prosperare sul

¹⁶ Blom-Cooper e Drewry, cit., pagg. 86-87, nel parlare di "*rational jurisprudence*" nel contesto del dissenso giudiziale evidentemente alludono - così giustificandosi la traduzione offerta nel testo - alla intrinseca razionalità della teoria del precedente giudiziale e non all'analisi dell'intero sistema ordinamentale.

¹⁷ (1966) 1 Q.B.730.

¹⁸ Il caso segnò una svolta nello sviluppo del *law of torts* in quanto fu affermata la responsabilità del sub-depositario di un oggetto di valore (una stola di visone), consegnatogli per il lavaggio e la custodia da parte dell'originario *bailee* per conto della cliente, in relazione al relativo furto perpetrato da uno dei propri dipendenti.

¹⁹ Blom-Cooper e Drewry, op.cit., pagg.79-80, scrivono che giudizi individuali "*assenting*" e "*dissenting*" esibiscono punti comuni: i primi possono, infatti, denunciare disaccordi sui principi di diritto ma convergere sulla decisione finale; i secondi, d'altronde, possono convenire sulla soluzione da dare alle questioni giuridiche ma discordare sulla loro applicabilità al caso di specie.

²⁰ "*After all, that is the beauty of the common law: it is a maze and not a motorway*".

pericoloso mito del monolitismo decisorio o cullarsi sugli allori dell'unicità di opinioni. Al contrario, sembra dire l'acuto osservatore, lo sviluppo di un complesso sistema giuridico non può che essere facilitato e garantito dalla circolazione, anche non sempre e perfettamente rettilinea (dove l'allegoria labirintica), di un benefico pluralismo ideale del quale ogni interprete deve tener conto ai fini della rappresentazione completa dello stato dell'arte giudiziale. Sarebbe eccessivo leggere il pensiero di Lord Diplock come unicamente orientato ad innalzare un canto in lode delle "*dissenting opinions*". Sembra, d'altra parte, tutt'altro che arbitrario vedere riflesso in esso un carattere fondamentale del "*judge-made law*" britannico, ossia la sua complessità, nemica della riducibilità ad unità stentorea ed immutabile dei precedenti giudiziari. Essi, infatti, sono tutti e sempre assoggettabili ad una delicata e libera opera interpretativa allo scopo di applicarli ed adattarli ai casi futuri: nel che è logicamente percettibile il riconoscimento della forza di (utile) impatto delle opinioni dissenzienti sul generale impianto di sistema.

Questa considerazione ha, peraltro, guadagnato il conforto di autorevole dottrina la quale, allontanandosi dallo schema della rigidità del precedente giudiziale anche dal punto di vista interpretativo, si evolve verso la concezione della capacità del *common law* di vivere di un sistema di regole formatesi anche indipendentemente dal volere delle corti di giustizia²¹. Ed il secco riferimento all'oggettività delle regole, quali sono altrettanto oggettivamente percettibili, rimanda senz'altro alla dottrina del "*legal positivism*"²² in quanto corollario strettamente connesso ad una considerazione globale dei precedenti giudiziari in una cornice che assommi anche i conflitti, qualsivoglia ne siano ampiezza ed oggetto, tra opinioni individuali.

Ed infine, non può trascurarsi un marginale, ma di certo sintomatico, risultato che proprio l'esperienza di Lord Diplock regala: la posizione paritaria assunta da ciascuno dei partecipanti al collegio, nel senso della inammissibilità di condizionamenti dipendenti dalla loro collocazione gerarchica nell'ambito della carriera dei giudici professionali. Egli, infatti, non esitò a percorrere una via nella motivazione differenziata rispetto al presidente del collegio nonché della stessa Court of Appeal. E non sembra irragionevole pronosticare che un simile atteggiamento di libertà mentale discenda in modo lineare dalla lunga tradizione delle "*dissenting opinions*". Negli ordinamenti processuali, quale quello civile italiano, a temperare l'assenza dell'istituto il legislatore è intervenuto con una forma di rimedio preventivo volto a neutralizzare l'eventualità che sulla decisione possa indebitamente gravare il peso della maggior collocazione funzionale del presidente. Prevede, a tal proposito, il terzo comma dell'art. 277 c.p.c. che "La decisione è presa a maggioranza di voti. Il primo a votare è il relatore, quindi l'altro giudice e infine il presidente". Ora, non occorre spendere troppe parole per sottolineare che la misura appena descritta presupponga un modello di formazione della decisione del tutto distante da quello che poggia sulla legittimazione dell'espressione del dissenso ed affondi, per

²¹ A. W. B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, a cura di Simpson, Blom-Cooper, Dickson, Drewry, Oxford, 1973, pag. 79.

²² *Op. ult. cit.*, pag. 80.

converso, le proprie radici nella concezione della collegialità in cui finiscono per diluirsi le volontà individuali e la loro manifestazione.

5. Apprensioni e rassicurazioni sulla efficacia disgregante del dissenso giudiziale

Le ricorrenti postulazioni giudiziali effettuate a fini incrementali della legittimità e della fruttuosità del dissenso non possono certo oscurare un dato che proviene tanto dalle riflessioni teoriche quanto dalle stesse ammissioni contenute in importanti sentenze inglesi. In entrambe, infatti, è con semplicità verificabile l'invocazione della unanimità decisoria come obiettivo di tendenza²³, nell'implicita considerazione del suo determinante apporto alla più efficiente stabilità del sistema. Lord Mansfield, nella sua qualità di *Lord Chief Justice of the Court of Common Pleas*, nel citato caso del 1774 *Millar v Taylor*, concordò con l'opinione di maggioranza della Corte che sosteneva la perpetuità del diritto di proprietà intellettuale spettante all'autore di opere a stampa e letterarie, prendendo atto dell'impossibilità, pur dopo numerosi ed approfonditi dibattiti tra i giudici del collegio, di raggiungere una decisione unanime. Questa avrebbe sicuramente giovato a rafforzare la pronuncia, al contempo soddisfacendo il requisito della certezza del diritto e l'esigenza di chiarezza comune a tutte le parti del giudizio²⁴. Tuttavia, lo stesso, per molti versi e per indimenticate pronunce²⁵, illuminato giudice di origine scozzese, affermò di non poter con certezza sciogliere il dilemma circa la vantaggiosità o meno del dissenso ed assunse un realistico punto di vista circa l'impossibilità di una decisione unanime. Anche se l'importanza della questione devoluta al collegio rivestiva carattere di massima importanza il fatto che continuassero ad affiorare irriducibili dissensi non andava considerato oltremodo problematico in ragione dell'avvenuto svisceramento della delicata e difficoltosa questione giuridica di interesse pubblico, di cui la collettività aveva titolo ad essere pienamente informata²⁶. La ragione di una simile tranquillizzante statuizione fu con pari lucida razionalità fornita nel medesimo corpo motivazionale da Lord Mansfield che pose un solido antidoto ai temuti effetti disgreganti del complessivo sistema di “*judge made law*” che il dissenso potrebbe in astratto possedere. Ed infatti, la risposta fu di stretto rigore istituzionale, condensabile in un severo richiamo al *self-restraint* giudiziale in quanto su tutti i componenti la corte grava l'ineludibile dovere di attenersi lealmente

²³ Blom-Copper e Drewry, *op.cit.*, pag. 80.

²⁴ Come ricordano Blom-Cooper e Dewry, Lord Mansfield dichiarò perentoriamente che “*untarnished unanimity gives weight and dispatch to the decisions, certainty to the law and infinite satisfaction to the suitors*”.

²⁵ Va ricordata, ad esempio, la sua idea che riduceva la *consideration* a semplice mezzo di prova dell'accordo contrattuale. *Pillars v Van Mierop* del 1765, decisione smentita nel 1778 in *Rann v Hughes* che riaffermò l'efficacia costitutiva dell'impegno obbligatorio in sé posseduta dalla *consideration*, come sottolineato da Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, pag. 40. Sulla figura di Lord Mansfield, si può vedere Shientag, *Mansfield revisited-A modern assessment*, in *Fordham Law Review*, 1941, pag. 345 ss.

²⁶ “*I think it is of public advantage that we have had different perceptions of this question, that has occasioned its being so minutely and thoroughly gone into*”.

alla decisione ottenuta a maggioranza, pur senza contraddittoriamente abdicare al proprio personale convincimento²⁷. La formula potrebbe dare la sensazione di essere governata dal desiderio di combinare effetti di sistema ed atteggiamenti di compromesso. Al contrario, è da reputare saggio e di lunga prospettiva applicativa il messaggio che da quest'ultima avvertenza si libera. Ed invero, il passaggio si situa al più alto gradino della scala dello spirito istituzionale che deve sorreggere l'ufficio giurisdizionale, richiamando chi lo esercita ad un duplice, concorrente dovere: quello di non ostacolare l'attuazione della volontà maggioritaria e l'altro di non cadere nella opportunistica trappola della rinuncia alla coerenza delle proprie idee. E se di visione di mediazione si vuole parlare, non può dubitarsi della nobiltà del suo intento. In altri termini, sta proprio nella ammissibilità e nella propagazione del dissenso lo strumento più robusto per assicurare la non elusiva realizzazione delle concorrenti esigenze appena esposte. Ben può dirsi che il legato del pensiero di Lord Mansfield ha attraversato indenne anche l'oceano atlantico, mantenendo la genuinità della sua sostanza, seppur aggravato nella forma espressiva. Anche nella corte suprema federale statunitense, in effetti, i vagiti del dissenso giudiziale erano stati avvertiti già alla fine del diciottesimo secolo²⁸, avendo trovato cittadinanza la prassi della formulazione "*seriatim*", ossia in forma separata ed individuale, delle opinioni dei giudici²⁹. Ma ben più crudi e salaci furono gli accenti utilizzati al termine del mandato presidenziale da Thomas Jefferson nel proprio, ormai classico epistolario degli anni 1820 con Thomas Ritchie. In esso lodava la penna indomita di quei giudici, formati alla coraggiosa scuola del *common law* britannico ed in particolare all'insegnamento di Lord Mansfield, che non indugiavano a pronunciarsi in forma separata dalle opinioni dei propri colleghi. Di questi irriverentemente diceva che, riuniti in camera di consiglio, con risicate maggioranze ed approfittando della silente ed indolente mutua acquiescenza e della pusillanimità reciproca, pervenivano grazie all'astuzia del Presidente della corte a decisioni, contrabbandate come condivise, in realtà frutto di arbitrii interpretativi e conseguenti torsioni del diritto³⁰.

Nelle due più imponenti esperienze di *common law*, la britannica e la statunitense, ha così convissuto, tra compromessi e cautele, la doppia pratica

²⁷ "*Whoever is right, each is bound to abide by and deliver that opinion which he has formed upon the fullest examination*".

²⁸ Come ricordano Blom-Cooper e Drewry nella nota 2, di pagina 80, del loro volume, ripetutamente citato, in cui richiamano il caso del 1792 *State of Georgia v Brailsford*, relativo alla riconosciuta legittimazione di uno degli stati dell'unione a trattenere, nelle more della definizione del giudizio di merito, una somma di denaro oggetto di sequestro a garanzia del credito di un cittadino straniero nei confronti di uno americano.

²⁹ Nel caso, dalle implicazioni seminali in tema di concorso tra tassazione federale e statale, il giudice Jefferson, autore di un'opinione concorrente, lamentò il sostanziale abbandono dell'usanza di rendere opinioni "*seriatim*".

³⁰ Il notissimo scritto conteneva incendiarie parole di esecrazione nei confronti di giudici "*huddled up in a conclave, perhaps by a majority of one, delivered as unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty Chief Judge who sophisticates the law to his own mind by the turn of his own reasoning*".

della unitarietà e della separatezza delle opinioni³¹. L'intensità e la frequenza di queste esistenze parallele potrà misurarsi, come avverrà nei paragrafi seguenti, attraverso il riferimento a singole vicende processuali che consentiranno di afferrare la profondità e la capacità di incidenza in termini prolettici del dissenso. Ma in nessun caso è possibile ravvisare nel concreto svolgimento dell'attività giurisdizionale i sintomi più o meno palesi di una volontà eversiva del sistema, vale a dire di un'intenzione del dissenziente di minare surrettiziamente, attraverso la propria opinione, la complessiva configurazione del sistema di "*judge-made law*". Va al riguardo ricordato che esso fondamentalmente si nutre di un collaudato corteo di regole che ne disciplinano l'ordinato dispiegamento in un'adeguata cornice classificatoria anche "*quoad effecta*"³².

Il titolo stesso di questo paragrafo lascia emergere l'insopprimibilità di una considerazione in chiave recisamente avversaria delle contrapposte ragioni del dibattito incentrato sul bipolare conflitto collegialità/separatezza delle pronunce giudiziarie. Senza minimamente revocare in dubbio la conclusione già raggiunta circa l'inidoneità del dissenso a rappresentare un'intrinseca minaccia all'aggregazione dell'intero sistema inglese di produzione giudiziale del diritto, va, in ogni caso, integrata l'indagine mediante una più analitica ricerca delle ragioni che si fronteggiano nel dibattito stesso. È giocoforza iniziare con quelle da cui sgorga una non celata diffidenza verso le "*dissenting opinions*" nella diretta misura nella quale esse vengano individuate come portatrici di possibili elementi di disturbo alla organica coerenza ordinamentale. La psicosi che il pubblico dissenso dia causa ad un affievolimento della forza del precedente è suggestione che si è fatta sovente strada già nel corso di opinioni giudiziali riferibili a corti di ultima istanza. Ancora una volta il riferimento alla corte suprema statunitense sa gettar luce su questa preoccupazione. Nel caso, da quella corte giudicato nel 1895, *Pollock v Farmers Loan and Trust Co.*³³ il giudice White (per ironia della sorte così scrivendo in una "*dissenting opinion*", come argutamente sottolinea l'autore citato nella precedente nota 28) disse che l'unico scopo mentalmente elaborato dagli autori di giudizi di minoranza è quello di incrinare la portata di quelli di maggioranza, in tal modo generando un vuoto di fiducia nelle conclusioni adottate dalla corte di

³¹ La compattezza decisoria è il metodo applicato dal sistema giudiziario inglese alle sentenze penali e fino al 1966 alle pronunce, di natura consultiva, del *Judicial Committee of the Privy Council*. Molto rare sono le occasioni in cui questo organo, chiamato a pronunciarsi in ultima istanza su sentenze emesse in paesi già appartenenti all'impero britannico, conosce opinioni dissenzienti. Molto di recente questo è accaduto in un giudizio civile, originariamente proposto davanti al Commonwealth of Bahamas, ruotante attorno al criterio di rinnovazione automatica di una polizza assicurativa sulla vita in cui la decisione fu adottata con la stretta maggioranza di 3 a 2: *Dorsey McPhee v. Colina Insurance Ltd* (2023) UKPC 8.

³² Criscuoli-Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, seconda edizione, Milano, 2021, cap. VII, pag. 285 ss.

³³ Rievocato da Lord Kerr, già giudice della Supreme Court inglese (che vanta un record di 13 dissensi negli 86 casi esaminati da colleghi di cui faceva parte) a pagina 10 di un saggio del 2012 intitolato "*Dissent in UK-update*".

ultima istanza³⁴. Per quanto tutt'altro che isolata, questa posizione non è parimenti apprezzata, né appare particolarmente apprezzabile. In primo luogo, va ribadito che la gerarchia dei precedenti ed il valore assegnato a quelli meramente "persuasivi" (tra i quali ben si possono annoverare le pronunce contenenti opinioni di dissenso) fa giustizia del timore che i cardini istituzionali possano essere divelti dall'incoraggiamento dell'ipotesi del pluralismo di pensiero. Né, d'altro canto, sembra meritevole di consenso la non benevola insinuazione che l'espressione del dissenso sia veicolo di calcolato discredito ai danni dell'opinione di maggioranza, quasi si intendesse perpetrare, sabotandone il valore, una vendetta per l'insuccesso di quella minoritaria. Del resto, la teorica instabilità di una linea di precedenti rientra a pieno titolo nei possibili accadimenti che decretano lo sviluppo del *common law*, piuttosto che il suo regresso. In questa logica si è brillantemente osservato che la certezza dell'esito giudiziario si rivela in molti campi un fenomeno temporaneo³⁵, come viene non di rado dimostrato dal capovolgimento successivo di indirizzi apparentemente saldi, poi rimeditati³⁶. Di eguale pregio risulta la lettura di un notissimo messaggio inviato³⁷ dal giudice Stone, che sarebbe divenuto presidente della Supreme Court statunitense tra il 1941 al 1946 dopo esservi stato eletto nel 1925, alla *Columbia University* della cui *Law School* era stato *Dean*. In tale scritto si enfatizzano le doti del dissenso giudiziale che, interpellando lo spirito profondo della legge, si propone come alfiere del futuro rinnovamento da avverarsi nel giorno in cui una nuova pronuncia potrà correggere gli errori della precedente, denunciati dal giudice dissenziente in quanto frutto di ingannevole interpretazione della legge stessa³⁸.

Non minor peso efficiente in funzione reiettiva del dissenso è stato tradizionalmente riconosciuto³⁹ alla insondabilità delle ragioni che hanno spinto l'autore a formularlo, che spesso sarebbero direttamente da connettere alla sua particolare struttura psicologica ed alla intima mancanza di fermezza decisoria. In altri termini il giudice "dubitante" potrebbe rivelarsi maggiormente incline a rifugiarsi dietro un comodo atteggiamento di deresponsabilizzazione rispetto ad una decisione nella quale non è

³⁴ "The only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusion of the court of last resort".

³⁵ Lord Kerr, op.,cit., pag. 13.

³⁶ Sempre Lord Kerr ricorda, a pagina 5, la vicenda dell'interpretazione da dare alla trasposizione, attraverso il *Consumer Protection Act* del 1987, della direttiva europea in materia, inizialmente definita "*acte clair*" dalla *House of Lords*, e poi, a seguito di un secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, letta nel senso che la stessa implichi la perfetta compatibilità delle disposizioni interne prevedenti un termine decadenziale decennale ai fini dell'esercizio da parte del consumatore dell'azione risarcitoria: e questo fu il successo personale del compianto Lord Rodger of Earlsferry - altro famoso "*dissenter*" in 10 casi su 63 - ripetutamente lasciato in minoranza nei collegi della *House of Lords* in sede di rinvio.

³⁷ Anch'esso tratto dal citato articolo di Lord Kerr a pag. 7.

³⁸ "*A dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error in which the dissenting judge believes the court to have been betrayed*".

³⁹ V. per tutti Blom-Cooper e Drewry, cit., pag. 85.

pienamente capace di identificarsi. Ancora una volta fa capolino nel discorso il sospetto della strumentalizzazione della libertà collegata alla formulazione di un'opinione “*seriatim*” e, quindi, del pericolo dell'abuso di questo strumento. A prescindere dalle obiezioni prettamente tecniche che di seguito si passeranno in rassegna va risolutamente posto in evidenza che il tentativo di costruire psicologicamente il sofferto itinerario che porta ad una decisione giudiziale non fa solo pregiudizialmente torto al suo autore. Si tratta, altresì, di un approccio al delicato tema del tutto astratto, empiricamente non verificabile, che, come tale, si presta all'arbitrio congetturale. In altre parole, si è in presenza di un criterio del tutto destituito del necessario contrassegno di scientificità che esclusivamente deve sorreggere una ricerca attendibile. Benché debba condannarsi per le ragioni spiegate l'appena illustrato criterio di analisi, non può, d'altro canto, rinunciarsi al compito di scovarne il movente probabilmente più recondito, consistente nel (mal riposto) tentativo di preservare la certezza del diritto. Ora, il difetto si annida nella sottesa concezione immobilistica e statica di un ordinamento giuridico, e delle sue epifanie in termini di principii e regole, che andrebbe mantenuto eguale a se stesso per mezzo del rifiuto di quelle modificazioni in senso evolutivo richieste dal mutato scenario sociale, economico, umano e dalle esigenze di cambiamento che questo comporta. Proprio Blom-Cooper e Drewry nel loro insuperato studio del 1972 si riferiscono ironicamente al dissenso giudiziale, nei termini in cui è concepito dai suoi detrattori, come la più appariscente e struggente tragedia che possa aver luogo in un sistema giuridico impiantato sui fondamentali valori convenzionali della certezza e dell'unanimità di giudizio⁴⁰. Ma sul piatto della bilancia vanno con forza preponderante depositati numerosi argomenti contrari che appartengono tanto alla sfera del pensiero in senso lato filosofico quanto alla concretezza delle opinioni espresse in singoli casi da giudici lungimiranti. Nell'illustrare questi aspetti è di giovamento volgere lo sguardo verso alcuni vantaggi che in punto di accurata ponderazione del senso e dell'utilità del dissenso possono da esso derivare. Si è in presenza di benefici la cui utile portata si percepisce in relazione alla complessiva sistemazione del singolo precedente giudiziario nella cornice del suo futuro destino. E questo nel duplice senso che la sua solidità è direttamente proporzionale al grado di condivisione della pronuncia nell'ambito della corte di provenienza e, per converso, che la varietà di opinioni proclama con forti accenti la legittimità di tesi tra loro contrapposte e ne esclude la radicale implausibilità. Si fa risaltare, infatti, che il dissenso manifestato in una corte di ultima istanza costituisce una forma tacita di supporto alle posizioni espresse nei gradi inferiori in quanto lascia trasparire l'esistenza e la giustificatezza di un dibattito che pregiudizialmente non condanna alcuna delle tesi in competizione⁴¹. E questo dato ridonda, a propria volta, come elemento mitigativo della delusione per la sconfitta patita dalla parte soccombente, cui sembra essersi concesso l'onore delle armi⁴². Ed ancora, il serpeggiare di vedute contrarie,

⁴⁰ Gli autori parlano, infatti, riferendosi ad altrui tesi, del dissenso come “*the most apparently judicial tragedy in a legal system founded upon the dramatic conventions of certainty and unanimity*”.

⁴¹ Blom-Cooper e Drewry, cit., pag. 89.

⁴² *Ibidem*.

in special modo in una corte di ultima istanza, può agire da propellente per un legislatore che aspiri ad interventi normativi rivolti all'eliminazione di incertezze⁴³. Non mancano lodi autorevoli al sistema del dissenso dall'angolo visuale giudiziale e con robusti intenti ideali. Si vedrà che questo genere di apprezzamenti, negli esatti limiti in cui riflette gli stati d'animo più intimi dei decidenti, finisce con il fornire la più convincente risposta alle impostazioni per così dire psicologistiche, cui prima si è accennato, in funzione deterrente di pronunce lontane dallo schema dell'unanimità. La riconduzione del dissenso all'area del patrimonio ideale del singolo giudice appare immediatamente la via maestra da seguire per contrassegnare in modo scientifico la ricerca. Ed allora occorre prendere le mosse, come con profondità di pensiero un eminente ex giudice della UK Supreme Court ha scritto⁴⁴, dall'esigenza di creare un rapporto di interconnessione tra il dissenso ed il sistema di valori, antagonista a quello del dissenziente, avverso il quale il primo si dirige. In altri termini, sarebbe una forzatura e nuocerebbe alla genuinità della formazione del giudizio se si raggiungesse un appiattimento intellettuale di tale intensità da annullare la personalità e la capacità di contributo individuale di ogni giudice: del pari, sarebbe innaturale la convergenza verso principii non condivisi a causa proprio della loro lontananza da quelli appartenenti ad un sistema valoriale del tutto inconciliabile. Né, d'altronde, la tensione verso la compattezza decisoria potrebbe mai forzare un giudice all'occultamento della propria personale convinzione⁴⁵, con conseguente sacrificio del ruolo e del suo corollario, ossia la piena, incoercibile libertà di giudizio. È molto diffusa l'abrasiva frase, variamente attribuita a noti giudici della House of Lords (Lord Wilberforce e Lord Ackner), che vuole che l'impulso a dissentire divenga irresistibile solo quando l'exasperazione cagionata dall'assoluta stupidità dell'altrui opinione sorpassa la naturale indolenza del dissenziente. A far fronte contro quello che è talvolta avvertito come il pernicioso dilagare del dissenso vi è stata in passato una fiera levata di scudi del presidente del collegio della House of Lords, Lord Maugham, nel celebre caso del 1942 *Liveridge v Anderson*⁴⁶, su cui ci si soffermerà più avanti. Egli criticò aspramente la molto polemica opinione concorrente di Lord Atkin⁴⁷ e la definì, in una lettera di protesta al quotidiano *The Times*, un gesto futile che oltrepassava i confini di ragionevoli forme di civiltà⁴⁸. Diverso è il discorso che può svilupparsi avendo riguardo non già alla libertà di dissentire quanto allo stile con il quale tale

⁴³ *Op. loc. ult. cit.* È al riguardo spesso richiamato l'intervento legislativo del 1965 attraverso il quale il Parlamento traspose nel *War Damage Act* l'opinione dei giudici Radcliffe e Hodson della *House of Lords* nel caso dello stesso anno *Burmah Oil Co. Ltd v Lord Advocate*. Analogamente avvenne nel 2006 con il varo del *Compensation Act* che aderì all'opinione di minoranza espressa nello stesso organo da Lord Rodger nel coevo caso *Barker v Corus (UK) Plc* rimasto inascoltato nel caso.

⁴⁴ Lord Brown of Eaton-under-Heywood, *Dissenting judgments*, in *Judge and Jurist*, a cura di Burrows, Johnston e Zimmermann, Oxford, 2013, pag. 34.

⁴⁵ *Op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ (1942) AC 206.

⁴⁷ Il quale, come ricorda Lord Brown, *op.cit.*, pag. 37, subì per questo il prolungato ostracismo dei propri colleghi.

⁴⁸ “*A futile gesture beyond the bounds of reasonable civility*”: si veda la citazione di Lord Brown pag. 36.

insopprimibile prerogativa possa accettabilmente esercitarsi. È da dire che la maggior aggressività di toni nei confronti dell'opinione di maggioranza, del tutto marginale (in questo studio verrà citato un solo caso di recente verificatosi nella Supreme Court, in *R (Mc Donald) v Royal Borough of Kensington and Chelsea* del 2011) nell'esperienza inglese, ha avuto esempi non insoliti nella storia della giurisprudenza della Corte suprema statunitense. Uno di essi, di natura particolarmente virulenta, si è dispiegato nel caso del 2011 *Michigan v Bryant*⁴⁹. In esso si discuteva della rapportabilità alla nozione di testimonianza in senso proprio, coperta dal divieto contenuto nel sesto emendamento di utilizzare il “sentito dire” (“*hearsay rule*”), delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia da un uomo ferito a morte circa l'identità del proprio aggressore. La Supreme Court ritenne a maggioranza che la fattispecie sfuggisse alla regola, trattandosi di dichiarazioni rese all'esterno di un interrogatorio e, quindi, non in risposta ad apposite domande e, pertanto, che esse fossero pienamente utilizzabili ai fini della condanna dell'assassino. Il giudice Scalia, spesso autore di opinioni di spiccato sapore rude ed irridente, si scagliò con particolare violenza contro l'opinione prevalente. Vale la pena di riportare il duro passo centrale della sua opinione. Questa, in uno strenuo sforzo garantista, è tutta orientata a preservare le garanzie che devono circondare le dichiarazioni etero-accusatorie ed addebita alla maggioranza non solo di aver raggiunto una conclusione palesemente errata (così dando vita ad un “benigno” caso di errore giudiziario), ma anche di aver interpretato distorsivamente la propria giurisprudenza in tema di contraddittorio. Addirittura, questo sarebbe accaduto per tentare di rendere plausibile l'inverosimile, con il risultato di aver seminato il caos ed offuscato il ruolo proprio della Supreme Court quale organo avente il compito di assicurare l'uniforme e chiara applicazione della legge⁵⁰. Del resto, la stessa dottrina statunitense depreca parimenti la pratica del semplice “*noting dissent*”, ossia del dissenso non accompagnato da alcuna esposizione dei motivi, giudicato una reliquia del passato e, peraltro, di limitatissima utilizzazione⁵¹.

Non si può certo fondare un atteggiamento contrario all'espressione di una opinione differente da quella di maggioranza sul solo timore della incontrollata deriva polemica di cui prima si è fornito qualche sparuto esempio. In effetti, la posta in gioco è molto più alta ed avvolge, come già ricordato, l'intimo significato, anche filosofico oltre che giuridico, del dissenso: portare alla luce, in particolar modo in una corte di ultima istanza, le sottostanti differenze di sensibilità circolanti tra i vari componenti. Questa possibilità, infatti, vivacizza la scena e favorisce la diramazione di visioni a confronto che raffigurano, tuttavia, lo specchio del sentire sociale. Queste, se tenute sotto silenzio, darebbero vita alle tensioni tipiche dei conflitti sotterranei, pronte a deflagrare rovinosamente ove non siano governate

⁴⁹ 131 S. Ct 1143 (2011).

⁵⁰ “...reaching a patently incorrect conclusion on the facts is a relatively benign judicial mischief; it affects, after all, only the case at hand. In its vain attempt to make the incredible plausible, however...today's opinion distorts our Confrontation Clause jurisprudence and leaves it in a shambles. Instead of clarifying the law, the Court makes itself the obfuscator of last resort”.

⁵¹ Fife, Goelzhauser, Hodgson e Vouvalis, *Concurring and Dissenting without opinion*, in *Journal of Supreme Court History*, 2017, pag. 187.

anche solo attraverso la semplice, liberatoria rappresentazione ufficiale che conferisce loro dignità e cittadinanza nel dibattito pubblico. Ben si rende conto della centralità di questa esigenza di lasciar respirare le varie opinioni quella dottrina specialistica che vede nella facoltà di dissentire un congruo mezzo per dare ai fruitori dell'attività giurisdizionale le lenti apposite per scrutare la complessità della sentenza, senza "emascularla" di ciascuna delle parti di cui si compone⁵².

In definitiva, è da reputare fallace il dibattito unicamente concentrato sulla contrapposizione tra stabilità e caducità di un sistema fondato sul precedente giudiziario rispettivamente assicurato o minato dalle esternazioni dissenzienti: esistono, come a più riprese rilevato, gli antidoti per sterilizzare il rischio di una destrutturazione del sistema. Non paiono, al contrario, sussisterne per l'ipotesi di una chiusura monolitica che soffochi quelle voci dal cui ascolto, per la forza di rappresentazione ideale in esse insite, l'intero sistema riceve beneficio e spinte evolutive alimentate dal raffronto di opinioni.

6. Il peso del dissenso nel dispiegarsi dell'attività della UK Supreme Court

La dovuta enfasi è stata fin qui posta sulla irripetibilità dell'importanza del tema trattato nell'ambito dell'attività delle corti di ultima istanza in virtù del loro ruolo di creatrici della regola del singolo caso da valere proletticamente in un numero indeterminato di successive occasioni. Di questo offre ampia testimonianza anche la maggior parte dei contributi dottrinari, consapevoli del fatto che l'impatto di un'opinione dissenziente espressa al vertice dell'ordinamento giudiziario è ben più significativo che nei gradi inferiori⁵³. La varietà di questi contributi, molto numerosi nel *common law* statunitense, serve la causa dello scandagliamento delle ragioni e degli effetti del dissenso manifestato all'apice della scala ordinamentale. A proposito delle utili funzioni che esso può compiere l'elenco è lungo e variegato e cospira a rendere palatabile e popolare l'esercizio della libera manifestazione di opinione. Si dice, così, che per tradizione il giudice dissenziente assolve una molteplicità di compiti, quali: orientare il collegio, limitarlo, criticarlo, promuoverne la crescita culturale, consigliarlo, esporlo alla censura pubblica, condannarlo, sfidarlo, incoraggiarne un ruolo creativo⁵⁴. È del tutto conseguenziale, quindi, che sullo sfondo dell'indagine si rinvenga il ruolo stesso delle corti di ultima istanza e correlativamente la questione della compatibilità di esso con l'ipotesi di una spaccatura al loro interno. La questione stessa acquista un peculiare tono di drammaticità agli occhi degli studiosi di quegli ordinamenti, come l'italiano, che sconoscono o addirittura avversano la possibilità del dissenso, avvertito appunto come causa di

⁵² Blom-Cooper e Drewry, cit., pag. 93.

⁵³ Non mancano le riflessioni dedicate anche alle giurisdizioni sottostanti: Graham, *Lady Justices and dissent on the Court of Appeal of England and Wales*, in *UK Constitutional Law Association*, 2018, da cui si desume la maggior propensione al dissenso da parte della componente femminile di tale organo di giustizia.

⁵⁴ Aikin, *The Role of Dissenting Opinions in American Courts*, *Il politico*, 1968, pag. 268.

affievolimento, ad esempio, della funzione nomofilattica tipica della giurisdizione di legittimità. Ora, a prescindere dal fatto che in linea teorica, ed a condizione che finalmente si apra il dibattito sul pluralismo di opinioni, esistono, e sono stati già indicati in questo lavoro, meccanismi atti a conservare l'omogeneità del sistema, riesce davvero arduo esaltare questi timori una volta che si sia disposti a far penetrare nel discorso anche la ragionata disamina degli ordinamenti per tradizione adusi al dissenso e della positiva percezione del fenomeno alla stregua della letteratura in essi sviluppata. Nuovamente proficuo risulta il criterio teleologico che guida il modo stesso di porsi di fronte alla decisione da prendere da parte di insigni giudici della Corte suprema statunitense. Spesso si coglie in loro l'urgenza, si potrebbe dire morale e deontologica, di non tacitare la propria coscienza e di far udire il proprio dissenso ogni volta che oggetto della pronuncia siano materie importanti⁵⁵. Il parametro dell'importanza andrebbe poi identificato, nel medesimo contesto di riflessione, in ragione del fine perseguito nella risoluzione della singola controversia. Tornano, infatti, di assoluta utilità le parole del giudice Brandeis in un caso del 1932⁵⁶, nel quale fu dissenziente, che individuano l'esigenza alla quale molte sentenze devono rispondere, ossia quella di additare una regola di giudizio nella fattispecie, tralasciando l'ambizione della ricerca della giusta regola generale⁵⁷. Il pragmatismo si affaccia all'orizzonte anche dei giudici della Corte Suprema, impegnati come sono al discernimento tra le varie possibili dell'unica soluzione del caso concreto, indipendentemente dalla scelta di quella che anche sul piano astratto e sistematico potrebbe reggere più saldamente. Questa frase disvela un profilo del massimo interesse che emerge dal dibattito sull'ammissibilità ed opportunità del dissenso in *common law*. Si allude proprio alla distinzione da Brandeis prospettata tra regola del caso concreto, sempre modificabile in presenza di circostanze diverse, e regola ideale, talora sconsigliabile in una data situazione. Ed allora, la dicotomia diventa la chiave di volta per adattare, attraverso un processo che lo renda flessibile, il precedente ad una futura fattispecie, consentendo ad esso di inverarsi attraverso una soluzione peculiare, mediante la tecnica del "*distinguishing*". Planando sul campo del dissenso, è evidente che in una struttura giudiziaria così conformata, e tutta declinata sul funzionalismo decisorio, la compresenza di una teorica moltitudine di opinioni non può, per definizione si potrebbe dire, incrinare i pilastri del "*judge-made law*" ma solo incrementarne la platea argomentativa in direzione di un progressivo raffinamento del sistema. L'orizzonte neo-conditorio è stato ben tenuto presente nella mente di un'altra figura nota e discussa di giudice della suprema corte federale che non solo rileva l'apporto modificativo dell'assetto ordinamentale del dissenso ma, guardando ai suoi effetti endoprocessuali, osserva che la convivenza in un'unica sentenza di opinioni di maggioranza, concorrenti e dissenzienti contribuisce a migliorarne la qualità stimolando il confronto interno ed il reciproco

⁵⁵ Queste le parole usate dalla compianta giudice Ruth Bader Ginsburg in *The role of dissenting opinions*, in *Minnesota Law Review*, 2010, pag. 7.

⁵⁶ *Burnet v Coronado Oil & Gas Co.*

⁵⁷ "*In most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right*".

riconoscimento di dignità⁵⁸.

È pur vero, tuttavia, che la mutua legittimazione delle opinioni debba essere valutata alla stregua di una precondizione della credibilità del sistema che ne consente la circolazione, pena lo scadimento della rispettiva forza e la degradazione a meri strumenti polemici. L'esigenza è ovviamente e specialmente intesa proprio nelle corti di ultima istanza, nelle quali l'“*exemplum*” accreditabile alla statura dei giudici dipende anche dall'equilibrata e rispettosa esposizione delle proprie ragioni. Ed invero, valicato tale limite intrinseco diverrebbe sfortunatamente plausibile il pericolo dell'abuso dell'espressione “*seriatim*” dei singoli giudici se essa consistesse nell'approfittamento dell'occasione per guadagnare sul terreno della polemica lo spazio perduto su quello della capacità di persuasione. Ed è in questo angusto ma essenziale interstizio che possono collocarsi critiche all'opinione di maggioranza che, per attrarre attenzione e consensi esterni, si convertono in attacchi eccessivi alle stesse persone degli altri giudici allo scopo di sminuire la forza delle loro ragioni. Interessante è la serratissima dialettica snodatasi nel 1990 davanti la corte suprema americana nel caso *Rutan v Republican Party*⁵⁹ in cui si discuteva del carattere discriminatorio per ragioni politiche di forme di clientelismo nel pubblico impiego attuate attraverso vantaggi o svantaggi rispettivamente attribuiti o inflitti dai dirigenti a seconda dell'appartenenza o meno del dipendente alla medesima parte politica datoriale. La maggioranza della corte, applicando propri precedenti del 1976 e del 1980⁶⁰, ribadì il principio secondo cui pratiche discriminatorie risolvendosi nel licenziamento o nella mancata riassunzione di personale di fede partitica opposta a quella del responsabile di un ufficio governativo si pongono in contrasto con il primo emendamento. Il principio fu ritenuto applicabile estensivamente anche ai casi di progressione, riconosciuta o negata, di carriera. Tagliente e in alcuni passaggi provocatoria fu l'opinione di minoranza del giudice Scalia (della medesima estrazione politica del governatore dello stato dell'Illinois convenuto in giudizio). Egli, infatti, sottopose a severo vaglio l'opinione di maggioranza tendente a riaffermare il principio costituzionale secondo cui l'appartenenza ad un partito politico non può formare un fattore su cui fondare il conferimento di posti in uffici pubblici, ad eccezione dei casi in cui l'affiliazione politica costituisca un requisito appropriato (“*appropriate requirement*”). Il dissenso si appuntò proprio sulla vaghezza dell'eccezione che la rendeva di difficoltosa comprensione ed applicazione e fu portato al limite estremo dell'irrispettoso sarcasmo quando esplicitamente accusò la maggioranza di sostanziale ipocrisia, la quale stigmatizzava il peso della politica negli incarichi pubblici ignorando che la stragrande maggioranza dei suoi componenti doveva la propria preposizione alla corte suprema proprio a ragioni opposte al proclamato principio della non sovrapponibilità tra appartenenza politica ed uffici pubblici. La durezza delle espressioni ne

⁵⁸ Scalia, *The dissenting opinion*, in *Journal of the Supreme Court History*, 1994, pagg. 36 e 41.

⁵⁹ 497 U.S. 62 (1990).

⁶⁰ Rispettivamente nei casi *Elrod v Burns*, 427 U.S. 347 e *Branti v Finkel* 445 U.S. 507.

offuscò gli aspetti di puro merito⁶¹, ma non per questo impedì che questi ultimi potessero gradualmente nel tempo operare una faglia nel successivo orientamento giurisprudenziale, fatta salva la perdurante condanna dei deteriori fenomeni di clientelismo politico⁶². Quel che viene a galla anche laddove la misura e la continenza difettino nelle espressioni di dissenso è che nel lungo periodo la fortuna di quest'ultimo, depurata dai toni impropri e dagli intenti possibilmente denigratori, è legata al suo interno vigore argomentativo ed alla dote di saper pronosticare ed adeguatamente disciplinare i casi futuri. Il che equivale a dar conforto alla già illustrata tesi di chi, come lo stesso giudice Scalia, ravvisa nella manifestazione di dissenso un propellente per il perfezionamento dei principii inizialmente maggioritari e progressivamente sottoposti ad insistente revisione critica.

La corte suprema inglese è molto più giovane, almeno nella denominazione e nel suo funzionamento (risalente all'autunno del 2009), della consorella d'oltre Atlantico ma non se ne distacca quanto al simbolo che essa affigge davanti a sé, di essere cioè proprio una corte di ultima istanza (o di "*final appeal*") che, in virtù dei *Practice statements* del 1966, occupa una posizione di vertice quanto al proprio "*ius dicere*" nella piramide del "*judicial law-making*". In questo senso è assolutamente accettabile estendere alla corte inglese di ultima istanza le considerazioni già svolte a proposito della corte federale degli Stati Uniti. Può residuare una questione di massima concernente l'ascrivibilità della UK Supreme Court al novero delle corti costituzionali nel senso continentale di custodi dell'osservanza della legge suprema da parte del legislatore ordinario⁶³.

Il dubbio non acquisisce, tuttavia, un'autonoma rilevanza nell'ambito tematico del dissenso giudiziale, non potendosi cogliere a causa di esso significative differenze nel discorso generale che qui si conduce. Vi è, però, un tratto contraddistintivo rispetto al suo organo predecessore, la divisione giurisdizionale della House of Lords, vale a dire il crescente numero di questioni in senso lato politiche, in quanto attinenti a principii e valori immanenti all'ordinamento, che vi affluiscono e sono dichiarate ammissibili per la loro ritenuta inerenza a temi di "*general public importance*"⁶⁴. I prodromi della irrinviabilità della trasformazione dell'allora Corte di ultima istanza,

⁶¹ Non disconosciuti, benché nella limitata misura nella quale essi non si sovraccaricassero di previsioni troppo fosche quanto al campo di applicazione della sentenza da parte di alcuni commentatori: Gely, *A few thoughts about Scalia's dissenting opinion in Rutan v Republican Party of Illinois and his view of the public workplace*, in *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2017, in particolare pag. 188.

⁶² *Op. loc. ult. cit.*

⁶³ Hanretty, *A court of specialists: Judicial behavio(u)r in the UK Supreme Court*, 2020, definisce la UK Supreme Court come una "*consequential court*" per il suo porsi al vertice di una sequenza di gradi di giudizio a pag. 264 del suo volume monografico *A court of specialists*.

⁶⁴ Si pensi alle complesse controversie sulla latitudine dei poteri devoluti al Parlamento scozzese - *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of schedule 6 to the Scotland Act 1998*: UKSC 31/2022 - ovvero alla legittimità della sospensione dei lavori della House of Commons su proposta del primo Ministro Johnson nel 2019 - *R (on the application of Miller) v the Prime Minister*: UKSC 41/2019 - su cui v. Serio, *Prime impressioni relative alla sentenza 41/2019 della Supreme Court sulla (il)legittimità della sospensione dei lavori del parlamento inglese*, in *Giustizia Insieme on line*, 2019.

l'*Appellate Committee of the House of Lords*, da parte della dottrina scetticamente definita uno dei più strani aspetti della costituzione inglese⁶⁵, in vettore di ammodernamento nel rapporto con le mutate esigenze dei cittadini. Da questa trasformazione consegue la necessità di allineamento della corte alla giurisprudenza europea sui diritti dell'uomo, con correlata metamorfosi del suo ruolo istituzionale. Segni di questo delicato passaggio sono, in effetti, agevolmente rintracciabili già durante i primi anni di questo millennio sotto la presidenza illuminata di Lord Bingham. Ed infatti, la sua sincera inclinazione democratica⁶⁶ concorse sensibilmente ad un salto qualitativo, anche in ragione del trasporto verso soluzioni conformi all'"acquis" europeo, della produzione giurisprudenziale della House of Lords. Traspare, così, oggi, anche in virtù della benefica apertura agli orizzonti europei verificatasi negli ultimi anni di vita della sua dante causa, la molto maggior disponibilità della Supreme Court ad intervenire con funzioni decisorie su settori rientranti nel pieno dominio della "policy" che governa singoli rami dell'ordinamento. Sarebbe facile, allora, la prognosi di una frammentazione delle opinioni della Corte in considerazione del rilievo che potrebbero assumere al riguardo orientamenti politici ed ideologici diversi riferibili ai singoli giudici. È notevole, tuttavia, la circostanza che, sebbene l'eco pubblica di siffatti casi generalmente induca il presidente a convocare la corte nella più ampia composizione numerica (9 membri in un alquanto alto numero di casi), la regola statistica è quella per cui a maggior grado di incidenza della decisione sulla vita democratica ed istituzionale corrisponda l'unanimità della pronuncia, quasi che regnasse un tacito patto di mostrare alla collettività un'immagine unitaria. Per quanto possa apparire singolare, il silenzioso "self restraint" nel campo sostanzialmente costituzionale (nel senso chiarito dalla Presidente Lady Hale nel caso della "prorogation" parlamentare del 2019) obbedisce ad una sorta di convenzione tra i componenti la Supreme Court a rinunciare alle opinioni "seriatim". Appare del tutto ragionevole ritenere che questa consuetudine sia frutto della coscienza che la levatura dei principii espressi, involgenti la collettività nel suo complesso e nell'intreccio delle dinamiche sociali che vi fanno corona, suggerisca che solo una debba essere la linea interpretativa onde non creare disorientamento o smarrimento tra i cittadini. Ma questa sorta di accordo istituzionale non può essere visto come una aprioristica negazione della facoltà di dissenso o di sotterraneo riconoscimento del suo carattere destabilizzante, quanto come epifania di un intenso dibattito interno condotto all'insegna della volontà di realizzare un ragionevole ed armonioso temperamento dei vari orientamenti. Il che dimostra, una volta di più, che non il dissenso va temuto ma la sua utilizzazione in termini sintomatici del rifiuto dello spirito di collegialità in questioni in cui la ricerca del compromesso appare ragionevolmente possibile senza indebiti sacrifici - che

⁶⁵ Così a pagina 11 del suo *A court of specialist* (cit.) Hanretty riprende la frase di Drewry del 2009 secondo cui la *House of Lords* "has long been recognised as one of the oddest features of the British constitution".

⁶⁶ Per una dettagliata illustrazione dei parecchi interventi in senso europeistico della *House of Lords* in quel periodo v. Dickson, *A Hard Act to Follow: The Bingham Court, 2000-8*, in *The Judicial House of Lords, 1876-2009*, a cura di Blom-Coper, Dickson e Drewry, Oxford, 2009, pag. 253 ss.

certamente verrebbero rifiutati – di intransigibili posizioni di principio. Va, peraltro, da sé che specifiche occasioni e forti personalità abbiano dato impulso ad opinioni, approfondite anche in sede esterna alla giurisdizione, non collimanti con quelle maggioritarie in situazioni nelle quali veniva in considerazione non già la decisione del caso concreto quanto la definizione dello statuto interpretativo di un intero capitolo del plesso di attribuzioni della Supreme Court. Un netto esempio è dato dalla riconosciuta incidenza in ambito domestico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come si vedrà subito. È pur vero che si è comunque di fronte ad un tema che implica scelte di “*policy*”. Ma, a differenza di quelle riguardanti il complessivo assetto delle istituzioni interne prima passate in rassegna, è da riportare all'alveo puramente tecnico e municipale il regolamento delle relazioni intercorrenti con gli organi giurisdizionali sovranazionali (malgrado sottendano anche ed inevitabilmente scelte alte di politica giudiziaria). Annoverato rispettosamente e con una punta di benevola ironia nella schiera dei “*great dissenters*” della UK Supreme Court, lo scomparso Lord Rodger, incisivo ed icastico giudice di origine scozzese, prese a cuore proprio nei primi anni della relativa istituzione la scottante questione del tollerabile livello di ricaduta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trasposta nello *Human Rights* inglese del 1998, e delle pronunce della omonima corte sul tessuto del diritto interno. La sua opinione sul punto congiunse armoniosamente la riflessione teorica e l'elaborazione decisoria. In due ravvicinate conferenze accademiche dell'autunno del 2005, entrambe mai pubblicate, l'illustre giudice, reduce da una apprezzatissima carriera scientifica di eminente studioso del diritto romano, si chiese quanta strada i diritti umani di derivazione europea avessero percorso, e potessero ancora permettersi di percorrere, nel delimitato perimetro del diritto interno. La ragione per la quale esse vengono incluse nel presente studio dedicato allo svolgersi dell'attività giurisdizionale di ultima istanza è duplice. In primo luogo l'inclusione è giustificata dal valore in sé del pensiero di Lord Rodger, sintomatico di un modo peculiare di costruire la posizione del diritto inglese all'esterno della sua propria sfera geografica di applicazione e, quindi, di dichiararne i limiti di permeabilità da realtà ordinamentali estranee. In secondo luogo, quelle posizioni che inizialmente si candidavano ad un rilievo esclusivamente teorico-accademico sono state successivamente poste a fondamento di un'importante opinione giudiziale dissenziente, di cui si dirà più avanti. Nella relazione svolta l'8 ottobre 2005 di fronte alla *Faculty of Advocates* sul tema “*Human rights and devolution issues*”⁶⁷ Lord Rodger prese spunto dalla fondamentale pronuncia della House of Lords dell'anno precedente nel caso noto come *Ullah*⁶⁸ relativo all'estradiabilità dal Regno Unito di un cittadino verso un paese in cui non vi era prova che fosse garantito il pieno rispetto dell'art. 3 della CEDU ed alla compatibilità di tale misura con i principii convenzionali. In particolare, attrasse l'attenzione dell'oratore l'opinione di maggioranza di Lord Bingham (vi furono opinioni concorrenti dei giudici Walker ed Hale) che escluse nella fattispecie la

⁶⁷ Dell'occasione si occupa doviziosamente il saggio commemorativo del giudice scozzese, di cui è autore il suo collega Lord Phillips of Worth Matravers, dal titolo *Strasbourg has spoken in Judge and Jurists* citato, in particolare pag. 119 ss.

⁶⁸ *Regina v Special adjudicator ex parte Ullah* (2004) UKHL 26.

violazione dell'art. 3 citato per difetto del presupposto del carattere plateale (*"flagrant"*) della violazione della norma⁶⁹. Da questa affermazione Lord Rodger ricavò la conclusione che, nell'approvare lo *Human Rights Act* del 1998, il Parlamento inglese non avesse inteso attribuire ai giudici un ambito di applicazione dei diritti umani talmente generoso da trasformarli in situazioni giuridiche del tutto autonome e dallo spazio potenzialmente illimitato. A distanza di qualche giorno, il 31 ottobre dello stesso anno, egli riaffermò il concetto nel corso dell'inaugurazione della *School of Law* di Reading, lamentando l'eccessiva influenza della Corte EDU, composta da giudici provenienti da paesi di differente origine culturale, rispetto a questioni interne in materia di politiche istituzionali. Ragionamento che sembra ricalcare il modo in cui il giudice Scalia, da lui citato, guardava con disfavore al fenomeno dell'importazione di categorie tratte da altri sistemi giuridici non sufficientemente metabolizzati nell'esperienza nordamericana⁷⁰. Ora, la perdita di sovranità che in misura sempre maggiore veniva accettata dalla corte di ultima istanza del tempo indusse Lord Rodger, una volta chiamato a far parte della neonata Supreme Court inglese, a mantener fermo questo atteggiamento di sciovinismo culturale nel caso McCaughey del 2011⁷¹ che egli concorse a decidere esprimendo un'opinione minoritaria. In quel caso la controversia aveva ad oggetto proprio l'estensione, contenutistica e temporale, dell'art. 2 della CEDU previsto a tutela del diritto individuale alla vita. Nella specie, riguardante l'uccisione di due cittadini nordirlandesi ad opera dell'esercito inglese, si trattava di stabilire se ricorresse l'obbligo procedurale imposto dalla norma agli stati contraenti e consistente nella doverosa apertura di un'indagine nel caso di privazione per atto violento della vita di una persona e, in caso affermativo, se l'obbligo stesso potesse prevedersi anche in relazione a fatti antecedenti al primo ottobre 2000, data della trasposizione nel Regno Unito della Convenzione europea del 1950. La Supreme Court si trovò di fronte ad uno stringente dilemma: se seguire il precedente della House of Lords del 2004 in *Re McKerr*⁷² che aveva escluso la retroattività della disposizione ovvero uniformarsi ad una sopravvenuta sentenza della Corte di Strasburgo del 2009 in *Silih v Slovenia*⁷³ che, con l'opinione dissenziente congiunta dei giudici Bratza e Turmen, aveva deciso in senso opposto. In una composizione allargata la Corte, con una maggioranza di 6 a 1 si adattò al principio fissato dalla Corte EDU, così nella sostanza smentendo la tesi propugnata, seppur in sede accademica, da Lord Rodger, nel dichiarato presupposto della

⁶⁹ Lord Bingham articolò il proprio ragionamento indirizzandolo al versante dell'interpretazione dell'art. 2 della CEDU nel senso che da esso nasce di norma l'obbligo per la giurisprudenza inglese di seguire quella della corte europea dei diritti dell'uomo che esibisca i caratteri della chiarezza e della costanza nel tempo: *"(British courts, NdA) ...should, in the absence of special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court"*.

⁷⁰ *"Where there is not first a settled consensus among our own people, the views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed on Americans through the Constitution"*.

⁷¹ *In the matter of an application by Brigid McCaughey and another for judicial review (Northern Ireland)* (2011) UKSC 20.

⁷² (2004) UKHL 12.

⁷³ (2009) 49 EHRR 996.

progressiva estensione dell'ambito applicativo del menzionato art. 2 e della presunta volontà del parlamento inglese di adeguarsi agli sviluppi futuri del diritto della Convenzione. Il “*great dissenter*” richiamò la propria veduta di principio, censurando la circostanza che la maggioranza stesse di fatto proponendo un'interpretazione indebitamente incrementale dell'art. 2 CEDU, risolvendosi nell'attribuire al Parlamento l'intenzione mai manifestata di consentire l'applicazione retroattiva dello *Human Rights Act* domestico. Nel motivare il suo dissenso Lord Rodger, che definì la decisione della maggioranza scarsamente motivata ed incerta (“*poorly reasoned and unstable*”), dichiarò di astenersi, per non apparire presuntuoso, da ulteriori commenti sulla relativa base giuridica, che comprometteva la certezza del diritto, e di riportarsi “*per relationem*” alla opinione dissenziente dei giudici Bratza e Turmen della corte di Strasburgo nel caso *Silih*⁷⁴.

L'eloquente esempio appena fornito lascia una chiara indicazione in ordine allo strato originario di autorevoli dissensi nella corte inglese di ultima istanza e, in fondo, spezza una vigorosa lancia a favore del confronto di opinioni al suo interno. È, infatti, fuor di dubbio l'estremo senso di responsabilità che connota l'autore dell'opinione minoritaria, corrispondente non solo e non tanto ad una discordante valutazione dell'esito della vicenda dedotta in giudizio quanto, più nobilmente, ad una radicata posizione intellettuale manifestata in contesto accademico ed in tempi anteriori, e perciò insuscettibile di sospetto, rispetto al momento di discussione del caso. Guardando alla vicenda da un osservatorio che si libra al di sopra della contingenza è ragionevole concludere che essa testimonia l'insopprimibilità del pluralismo ideale in organi collegiali composti. Essa conferma altresì l'infruttuosità di qualsiasi tentativo di riduzione ad unità di pensieri che si alimentano di una piattaforma costitutiva del tutto autonoma e riflettente, per restare ai fatti in esame, la centrale tematica dell'accettabile grado di eterointegrazione, per effetto di pronunce transnazionali, dell'ordinamento interno in virtù dell'adozione di categorie giuridiche e forme di ragionamento ad esso non appartenenti. Sarebbe vano ed improduttivo nascondere la natura altamente controversa del problema e la sua probabilità di propagazione all'interno ed all'esterno del mondo del diritto. Tornando una volta di più a soppesare l'impatto che anche sulla stabilità della giurisprudenza di una corte di ultima istanza può realizzarsi a seguito della incoercibile libertà di dissenso è da ritenere che il parametro di giudizio da assumere non debba essere quello dell'offerta all'esterno di un'immagine di monolitica compattezza ma dell'onesta rappresentazione di un, anche lacerante, dibattito interno che in fondo non è che un fotogramma fedele di quello presente in tutti gli strati sociali. Espellere il quale dal circuito giurisdizionale implicherebbe il diniego di istanze collettive o anche solo individuali la cui compressione ad un livello sotto traccia potrebbe solo generare tensioni e frustrazioni delle quali, al contrario, proficuamente può farsi interprete un giudice. E questa è una ragione socialmente significativa per non esacerbare i timori circa l'emersione del dissenso anche nelle corti

⁷⁴ “*It would be a work of supererogation for me to criticize the court's legal analysis...or to emphasise the blow to legal certainty which it has struck. All that needs to be said on these matters has been said.....by the best qualified of critics, Sir Nicolas Bratza in his joint dissenting opinion with Judge Turmen*”.

di ultima istanza. È tutt'altro che accidentale che il dibattito, con esiti contraddittori, sviluppato nella Supreme Court abbia avuto, e continui ad avere, come epicentro la materia dei diritti umani. Essi sono ormai assurti al rango di paradigma qualificante la modernità e l'affidabilità sul piano democratico di un sistema giuridico e sempre più sovente si colorano di tinte marcatamente politiche che a propria volta influenzano proprio le linee di politica giudiziaria, e massimamente quelle della Supreme Court inglese. Tutto questo per anticipare che gli stessi orientamenti della Corte in punto di diritti umani vengono tratteggiati, come ci si appresta a dimostrare, in base a scelte in senso lato ed alto politiche. Tra le riflessioni recenti più elevate e piene di passione civile e profonda cultura umanistica dedicate ai diritti umani non può in questa sede, per la poliedricità di nessi, suggestioni e proposte interpretative, non essere ospitata quella di un giudice della Supreme Court inglese tra il 2012 ed il 2018, Jonathan Sumption, pubblicata in un volume⁷⁵ che aiuta il lettore ad inserirsi nel mondo, all'apparenza lontano ed imperscrutabile, che governa il pensiero dei giudici della corte di ultima istanza. Proprio per questo lo scritto fornisce indirettamente il mezzo per accedere alla più piena comprensione dei meccanismi mentali produttivi della circolazione di idee e, in non così infrequenti casi, di dissenso allorché la variegata gamma dei diritti umani, e la stessa catalogazione, venga in rilievo. Una pronuncia del 2011 di quella corte⁷⁶ stabilì, pur in carenza di una specifica previsione legislativa, il diritto degli autori di delitti a sfondo sessuale e contro l'altrui libertà sessuale di essere rimossi dall'apposito registro (il *sex offenders' register*) nel momento in cui essi non presentino alcun rischio reale per la collettività. Il ragionamento sottostante la decisione si impennava sul riconoscimento dell'esistenza di un diritto umano fondamentale all'estinzione dello stigma sociale in presenza di circostanze attestanti il venir meno di quelle presupposte dal provvedimento di iscrizione del perpetratore nell'apposito registro. In sostanza, si predicava implicitamente il principio di contrarietà alla "eternizzazione" della pena⁷⁷. La sentenza provocò un clamoroso dissenso, quella volta di natura esterna alla Corte, portando addirittura David Cameron, primo ministro conservatore del tempo, a definirla "spaventosa" (*"appalling"*) e tale da provocargli malessere fisico (*"to make him physically sick"*). La virulenta reazione lasciò deflagrare il nocciolo della questione: quello degli strumenti identificativi ed assertivi dei diritti umani. La conclusione tratta sul punto a livello teorico da Lord Sumption è che è indispensabile individuare la fonte normativa legittimante l'attribuzione ad una data situazione soggettiva del trattamento proprio dei diritti umani (quelli che Blackstone nel diciottesimo secolo aveva definito "diritti naturali"), indipendentemente dalle ondate

⁷⁵ *Trials of the State-Law and the Decline of Politics*, Profile books, 2019, in particolare pag. 44 ss. Il volume raccoglie 5 conversazioni radiofoniche andate in onda tra il maggio ed il giugno 2019 su Radio 4 nell'ambito delle *Reith Lectures* della BBC.

⁷⁶ *R F (a child) v Secretary of State for the Home Department (Lord Advocate and another intervening)* (2011) 1 AC 331.

⁷⁷ Per usare una terminologia consueta all'esperienza penitenziaria italiana si tratta del "fine pena mai", espressione che dà il titolo al drammatico libro di Elvio Fassone, Palermo, 2015, incentrato sull'esperienza esistenziale di un detenuto condannato all'ergastolo in contatto epistolare con il suo giudice.

populistiche che possano reclamarne l'esistenza⁷⁸. Simmetricamente al percorso già ricordato di Lord Rodger, anche nella traiettoria professionale di Lord Sumption le sue opinioni giudiziali si presentano in perfetta continuità con il suo intimo pensiero, anche a costo di rivelarsi dissonanti su questioni sensibili rispetto a quelle di altri giudici che siedevano nel medesimo collegio. La sentenza della Supreme Court in un tormentato caso del 2014⁷⁹ nel quale ciascuno dei 9 giudici chiamati a comporre il collegio si sentì in dovere, data la straordinaria importanza delle questioni da affrontare, di esprimere la propria, separata opinione, avvalora quel che si dice. Nei tre appelli riuniti e discussi simultaneamente vennero sottoposte alla corte due distinte questioni, la prima delle quali soltanto interessa questo studio (in quanto la seconda fu risolta all'unanimità): a) se la Sezione 2 del *Suicide Act* del 1961, che punisce chi assiste o incoraggia altri al suicidio, fosse compatibile con l'art. 8 della CEDU che assicura ad ogni individuo il rispetto della propria vita; b) se fosse stato legittimamente esercitato, da parte del *Director of Public Prosecutions*, il potere conferitogli per legge di emanare linee guida in ordine al suicidio assistito. Le distinte ma collegate normativamente vicende processuali riguardavano persone le quali, a seguito di malattie o incidenti, erano rimaste prive di qualsiasi competenza al movimento, fatte salve alcune limitatissime funzioni motorie con un solo arto superiore. Esse, giudicando insopportabile la prosecuzione della vita in quelle condizioni, chiedevano fosse data loro l'autorizzazione giudiziale ad avvalersi del suicidio assistito (in un caso a recarsi in Svizzera presso una delle strutture specializzate), tenuto conto dell'incompatibilità con la norma CEDU prima citata di quella interna proibitiva di condotte di assistenza o incoraggiamento al suicidio. La lunga e travagliata sentenza va più apprezzata per la sua ricchissima articolazione interna che per il suo stesso contenuto decisorio, consistito nel rigetto di tutti gli appelli proposti direttamente dalle persone gravemente impedito o da loro familiari, con la conseguente, pratica impossibilità di far ricorso all'invocato mezzo per porre termine alle loro vite (ed alle loro sofferenze). Le posizioni individuali dei componenti la Corte risentono di una iniziale posizione comune riferibile alla statuizione in senso affermativo che il principale "*thema decidendum*", avente ad oggetto il quesito se quella della compatibilità tra norma convenzionale e disposizione domestica fosse materia rientrante nelle attribuzioni dei poteri statali (legislativo e giudiziario in particolare) del Regno Unito, con la connessa competenza a deciderla. La fenditura che attraversò radialmente la Corte (divisasi con la stretta maggioranza di 5 a 4) toccò la questione ulteriore, a sua volta propedeutica alla decisione circa la compatibilità tra le norme richiamate, in ordine ai criteri utilizzabili per pervenire a tale giudizio ed agli attori istituzionali titolati al compito. Ed infatti, l'opinione di maggioranza (formulata dai giudici Neuberger, Hale, Mance, Kerr e Wilson) si dichiarò proclive a far propria la tesi secondo cui la Supreme Court è investita del potere di origine costituzionale di accertare l'incompatibilità in esame con riferimento al caso concreto (accertamento positivo che, tuttavia, vide concordi solo i giudici Hale e Kerr e la contrarietà dei restanti tre). Al contrario, gli altri 4 giudici (Clarke, Reed, Hughes e lo stesso Sumption)

⁷⁸ Sumption, *Trials of the State*, cit., pag. 49.

⁷⁹ *Nicklinson v Ministry of Justice* UKSC 36/2014.

conclusero che (sebbene non fosse in discussione la propria astratta giurisdizione sui giudizi di compatibilità di disposizioni interne con quelle dello *Human Rights Act* del 1998 quale veicolo di trasferimento interno della Convenzione europea del 1950) il tema nella sua complessità e delicatezza involgesse la valutazione di aspetti problematici a dirimere i quali il Parlamento andava considerato meglio attrezzato a pronunciarsi, rispetto alla stessa Supreme Court che avrebbe dovuto rispettarne le determinazioni. Fu proprio Lord Sumption nella sua brillante opinione a spiegare le profonde ragioni di un'autolimitazione ancor più dettagliatamente illustrata nei suoi fondamenti teorici nel volume di 5 anni posteriore. E si tratta proprio di un modo di intendere la giurisdizione del tutto particolare e sideralmente opposto rispetto a quello reso palese dalla stretta maggioranza dei suoi colleghi. Una serie di passaggi tra loro coordinati si pone al cuore di questo "*legal reasoning*" che denuncia l'esistenza di almeno un duplice cuore pulsante e di un doppio cervello pensante all'interno della medesima corte. Il primo di essi costituisce un'autentica dichiarazione di principio volta a delimitare le possibili aree di intervento giurisdizionale e, specularmente, a rifuggire da indebite tentazioni espansionistiche in campi estranei a quello puramente giuridico. Ed infatti, Lord Sumption dichiarò di guardare con favore alla generale tendenza della giurisprudenza inglese a non invadere la sfera della morale, a non fissare precetti ricadenti nel relativo dominio, e a non esplorare i fondamenti etici dell'ordinamento giuridico onde non dar luogo a tentativi concettuali destinati a risolversi in generalizzazioni che non sono d'aiuto al decisore o all'interprete. Ma anche nei casi, come quello in discussione, nei quali il giudice non possa eludere lo scrutinio di profili affini alla o coincidenti con la morale devono valere regole argomentative sicure ed idonee a prevenire anche l'astratto pericolo di arbitrari sconfinamenti allorché si tratti di determinare con esattezza l'ambito di reciprocità nei rapporti tra poteri dello stato. Proprio in questa affermazione si coglie la più limpida giustificazione di quella ulteriore secondo la quale nella fattispecie il Parlamento si rivela la sede più acconcia per valutare gli elementi alla cui stregua asseverare o negare l'incompatibilità oggetto del giudizio. Esso, infatti, si mostra meglio equipaggiato a risolvere intricate e controverse questioni di fatto traenti origine dai dilemmi morali e sociali che si accompagnano a vicende impegnative quanto quella in esame. L'assemblea legislativa, gode, infatti, della facoltà, tra le altre, di far ricorso ad un vasto assortimento di esperti, così in particolare, dispiegando la propria capacità di dar adeguatamente voce agli interessi di gruppi sociali, professionali, etc. non rappresentati o insufficientemente rappresentati. L'anno che Lord Sumption ha saputo sciogliere tanto nel momento giurisdizionale quanto nella conseguente attività pubblicistica a vantaggio di un recupero della declinante azione politica, prossima al naufragio tra i flutti della supplenza giudiziaria, non rileva solo in quanto rappresentazione di un intelletto fervido ed originale. In esso è agevole ed immediato ritrovare un'alta testimonianza di autonomia di pensiero e di giudizio, già di per sé da considerare come inestimabile tesoro, che avrebbe potuto, ed in effetti, poté in più di un'occasione collidere con altrettanto genuine ed autorevoli posizioni contrarie. Alla prevedibile obiezione di chi intenda vedere nella (in pratica rara e difficile) uniformità o omogeneità di pensiero nella corte di ultima istanza un preoccupante segno di irriconscibilità del tratto distintivo

della relativa attività non sarebbe complicato rispondere che non sembra partecipare del generale interesse pubblico, al cui soddisfacimento è deputata l'opera della Supreme Court, la tacitazione o la soppressione di un dissenso. Questo, infatti, si innesta con appropriatezza nell'originale declinazione della maniera di interpretare il determinante ruolo di concorrente al “*judicial law making*”. Ed oltretutto, la marginalizzazione del dissenso non solo umilierebbe l'indipendenza dei giudici, costringendoli alla rinuncia ad un chiaro messaggio, ma, come più volte sottolineato, priverebbe i settori sociali sottorappresentati della possibilità di essere autorevolmente echeggiati.

7. Casi celebri di opinioni dissenzienti nella giurisprudenza inglese

Episodicamente, nelle parti precedenti del lavoro, si è avuto modo di vagliare casi di dissenso giudiziale che hanno attratto l'attenzione dei commentatori e sono divenuti spie di molti dei problemi che si raccolgono attorno ad esso in via generale.

L'esposizione che segue, ristretta ad un selezionato numero di precedenti inglesi, si prefigge un diverso obiettivo: considerare non soltanto la nettezza delle opinioni contrarie rispetto a quelle di maggioranza ma soprattutto avvicinare l'indagine al contesto fattuale e giuridico in cui le prime sono venute a manifestarsi. E questo con l'intento di pervenire ad una, inevitabilmente approssimativa, tipizzazione delle situazioni che possono dar vita ad una divisione di giudizio. Sempre in punto di metodo è da aggiungere che la totalità dei casi scelti si caratterizza per l'alto coefficiente di sensibilità dei temi centrali nonché per la loro inquadrabilità nell'ideale scenario delle “questioni di massima importanza” legittimanti proprio il ricorso a corti di ultima istanza quali la House of Lords e la Supreme Court.

La pronuncia del primo dei due organi appena menzionati nel caso *Liveridge v Anderson*⁸⁰ del 1942 fu destinata allo scrutinio della legittimità del provvedimento del Segretario di Stato, adottato sulla base del potere conferitogli dalle *Defence (General) Regulations* del 1939, ossia nella fase iniziale del secondo periodo bellico del ventesimo secolo, con cui era stata disposta la detenzione di una persona sul rilievo che nei suoi confronti l'Autorità procedente coltivasse ragionevoli motivi per sospettarne l'appartenenza ad associazioni ostili. Poiché contro tale provvedimento la persona privata della libertà si era rivolta all'autorità giudiziaria, senza successo nei primi due gradi di giudizio, la House of Lords fu interpellata quale corte di ultima istanza sulla sindacabilità da parte del giudice ordinario delle ragioni che avevano indotto l'autorità amministrativa ad emettere il provvedimento e conseguentemente sulla individuazione dell'onere probatorio su quest'ultima incombente ai fini della dimostrazione della sussistenza di ragionevoli motivi. Più in particolare, formava materia del contendere l'ulteriore interrogativo circa la possibilità di porre in via giudiziale a carico del segretario di Stato l'obbligo di disvelare il materiale in base al quale si era proceduto ad ordinare la detenzione del ricorrente. Molto radicale era il bivio prospiciente il cammino della Corte. Ossia, esattamente quello che sollecitava ad optare per una soluzione minimalista,

⁸⁰ (1942) A.C. 206.

vale a dire accontentarsi della regolarità formale del provvedimento, ovvero quella di natura sostanziale che pretendeva l'esternazione delle cause del sospetto nei confronti del cittadino tratto in arresto ed aspirava ad un ulteriore passo rivolto all'apprezzamento del merito del provvedimento. Tutta la Corte si esprime per il rigetto del ricorso del privato e per la conferma delle decisioni dei precedenti gradi di giudizio. Tuttavia, l'opinione di Lord Atkin, tecnicamente concorrente con il dispositivo della sentenza, fu pervasa da una ruvidezza argomentativa tale che essa è stata registrata nei repertori come "*dissenting*". È indiscutibile l'interesse che essa suscita tanto in relazione ai principii cui si ispirò quanto in rapporto alla nozione ed alla funzione della "*dissenting opinion*" cui appare legata. L'aura ideale che aleggia nelle parole di Lord Atkin, di dichiarata conformazione liberale, riflette argomenti che nei tempi odierni non perdono una sola battuta in termini di attualità. Ed infatti, l'impostazione dell'intero ragionamento si indirizza al punto focale della controversia: la puntuale ricognizione della natura e dei limiti del potere del segretario di stato (carica in effetti corrispondente "*ratione materiae*" a quella di ministro dell'interno) di ordinare la detenzione di persone ai sensi del regolamento del 1939. Già in questa premessa delimitatrice dello spazio riservato alla cognizione della House of Lords giace il sintomo della siderale distanza rispetto al punto di partenza fatto proprio da uno dei giudici di maggioranza, il Viscount Maugham. Questi, in sostanza, tendeva ad esonerare l'autorità politico-amministrativa da qualunque peso probatorio, dichiarando sufficiente la presunzione relativa della sussistenza di congrue ragioni a sostegno dell'atto impugnato, senza la necessità della loro specifica deduzione ed identificazione. Distanza addirittura ingigantita dall'opposta considerazione di Lord Atkin che negava in via di principio che potesse dirsi conferito al segretario di stato un potere assoluto in materia di provvedimenti privativi della libertà personale adottati senza il concorso di un'autorità giudiziaria. Il punto di rilevanza costituzionale del ragionamento mostra con immediatezza la sua energia persuasiva: è la sottrazione al naturale alveo della competenza giurisdizionale di questo genere di atti che, collidendo con il criterio di ripartizione dei poteri dello stato, non può che costringere il giudice a concentrare la propria attenzione sui loro presupposti sostanziali. L'ulteriore allarme generato dalla situazione concreta scaturiva dalla durata potenzialmente illimitata dalla detenzione. Da questa constatazione Lord Atkin faceva discendere la più clamorosa delle conclusioni, cioè che nessun giudice possa ritenersi soddisfatto, nella prospettiva legittimante questa particolare categoria di provvedimenti, della semplice, soggettiva intenzione in buona fede (concretantesi nella convinzione di agire nei binari normativi) dell'autorità amministrativa, la cui condotta va, al contrario, giudicata alla stregua di canoni oggettivi. L'opinione concorrente proseguiva con una scrupolosa disamina degli elementi testuali presenti nel regolamento del 1939 che danno forza al ragionamento appena illustrato e si spinge all'aperta critica dell'opinione di Lord MacMillan il quale predicava l'inversione dell'onere della prova, caricando il privato della necessità di dimostrare che l'autorità avesse agito in assenza di basi ragionevoli. Ma la parte più sferzante verso l'atteggiamento mentale della maggioranza è quella in cui se ne deprecava la rinuncia a qualunque ruolo di guardiano della legittimità dell'azione del governo ed il supino adagiamento sulle relative decisioni.

Lord Atkin, infatti, disse di guardare con apprensione all'atteggiamento dei giudici che, posti di fronte ad una questione interpretativa in casi in cui si discuta di libertà personale, si mostrino appiattiti sulle posizioni governative più dello stesso esecutivo (più realisti del re, si potrebbe dire)⁸¹. Per rendere ancor più radicale il proprio dissenso da una posizione della maggioranza acriticamente prona ai provvedimenti dell'esecutivo, Lord Atkin pronunciò parole che scolpiscono la tradizione liberale di uno stato di diritto, scandendo che è sempre stato uno dei pilastri della libertà, uno dei principii basilari per i quali si è anche di recente combattuto, che i giudici debbano rispettare i diritti degli individui e porsi come barriere a qualunque interferenza da parte dell'esecutivo nei confronti delle loro libertà, attenti a verificare la conformità al diritto di ogni provvedimento coercitivo⁸². La stoccata finale ai suoi colleghi - colpevoli di aver avallato l'impressione che la legittimità dell'azione del Segretario di stato possa trovar conforto esclusivamente sulla sua parola: "*ipse dixit*" - è condensata nella frase nella quale, in segno di protesta individuale, viene mosso loro il rimprovero di aver in sostanza attraverso un'interpretazione letterale forzata conferito ad un ministro il potere incontrollato di disporre l'incarcerazione personale⁸³.

Questo primo caso celebre di dissenso in una corte inglese di ultima istanza costituisce una plastica prova che il livello del dibattito, anche se esacerbato dalla spettacolarità delle confutazioni rivolte al pensiero della maggioranza, ruotava attorno all'autentica visione delle relazioni tra potere giudiziario e potere esecutivo in un ordinamento che consente all'autorità giudiziaria ordinaria il controllo di legittimità sugli atti del secondo. In fondo traspare senza veli dalle parole di Lord Atkin (che fu, come già ricordato, oggetto di stizzita reazione da parte del presidente del collegio) un autentico appello all'esercizio effettivo di quel potere di controllo, specialmente in circostanze in cui si verte sulla libertà personale, abbandonando qualsiasi preconcetta indulgenza che finirebbe con l'umiliare la ragione stessa dell'attività giurisdizionale.

Un'ipotesi molto curiosa di dissenso, che si potrebbe meglio definire "esterno" in quanto indirizzato con molta franchezza nei confronti dei giudici di grado inferiore, va desunta dalla pronuncia della House of Lords, depositata nel 1972, nel caso *Cassell & Co.Ltd v Broome*⁸⁴, relativo ad un'azione per il risarcimento di danni in misura cosiddetta esemplare ("*exemplary damages*") conseguenti ad una diffamazione attuata mediante la pubblicazione di un libro che attribuiva ad uno stimato capitano della marina inglese la colpa del disastroso affondamento, durante la seconda guerra mondiale, di numerose imbarcazioni di scorta ad un convoglio militare. Va

⁸¹ "*I view with apprehension the attitude of judges who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject show themselves more executive minded than the executive*".

⁸² "*It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which on recent authority we are now fighting, that the judges are respecters of persons and stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law*".

⁸³ "*I protest, even if I do it alone, against a strained construction put on words with the effect of giving an uncontrolled power of imprisonment to the minister*".

⁸⁴ (1972) UKHL 3.

subito posto in risalto che la sentenza, che confermò quella della Court of Appeal, fu adottata con una maggioranza di 5 a 2 e che uno dei giudici la cui opinione risultò prevalente, Lord Reid, riconobbe con molta intensità la necessità che in casi di siffatta rilevanza per le questioni di diritto sottese si desse luogo all’emanazione di giudizi individuali “*seriatim*”⁸⁵. Ma, come appena anticipato, di particolare, inattesa “*vis polemica*” fu intrisa l’opinione del Lord Chancellor Hailsham che bollò con feroci critiche un passaggio centrale della sentenza d’appello nel quale veniva definito deciso erroneamente e “*per incuriam*”, e quindi disatteso, un precedente del 1964 della House of Lords nel caso *Rookes v Barnard*⁸⁶. Il fondamento dell’attacco alla sentenza della Court of Appeal (presieduta dall’autorevolissimo *Master of the Rolls*, Lord Denning) si irradia su più versanti che spaziano dall’ambito della pura opportunità a quello della scrupolosa osservanza della gerarchia delle corti. Si ritenne in esordio che l’evocazione del precedente rappresentasse una deviazione dal corretto percorso argomentativo di secondo grado, non rivelandosi necessaria a fini decisori. E la superflua digressione posta in essere dalla Court of Appeal aveva esposto ad immense ed ingiustificate spese le parti litiganti, ed in particolare quella soccombente, vistesì costrette ad impegnarsi davanti la House of Lords in una discussione del tutto sovrabbondante: la scelta fu brutalmente definita dal Lord Chancellor assolutamente “*not...defensible*”. La gragnola di recriminazioni proseguì con inusitato furore verbale allorché l’opinione di Lord Reid si imbatté nella definizione data dai precedenti giudici alla sentenza del 1964: inservibile e, quindi, inapplicabile (“*unworkable*”). L’ironia serpeggia a proposito del termine. Fingendo di volerne attutire il giudizio di inappropriatezza il Lord Chancellor dichiarò che con esso i giudici di appello non potevano che aver significato che non concordavano con il precedente, e nient’altro, ossia che non potevano aver ardito esprimere un giudizio di sapore conflittuale rispetto ad una sentenza emessa da una corte di rango superiore. Ma anche questa benevola supposizione appariva meritevole di censura, essendo precluso in via di principio alla Court of Appeal fornire un gratuito suggerimento ai giudici di prima istanza risolvendosi in un messaggio disapplicativo delle sentenze della House of Lords. E se questo fosse stato il reale intendimento esso sarebbe risultato “altamente indesiderabile”. Molto duro è l’ulteriore svolgimento del ragionamento che contesta ai tre componenti la Court of Appeal di aver messo quelli di primo grado in una situazione imbarazzante chiedendo loro di optare, nel corso di una disputa tutt’altro che edificante, tra la tesi dell’organo di secondo grado (o, aggiunge maliziosamente Lord Reid, tra tre dei suoi componenti, non essendovi alcuna garanzia circa il fatto che tutti gli altri membri di quella corte non partecipanti al giudizio volessero o dovessero seguire l’indirizzo) e quella in passato fatta propria dalla House of Lords in *Rookes v Barnard*: e tutto questo con grave nocumento per la certezza del diritto e, di conseguenza, per la posizione processuale delle parti, trovatesi prive di punti di riferimento. Ed infine, il Lord Chancellor concluse la parte dell’opinione dedicata alla riaffermazione dell’esattezza e vincolatività del proprio

⁸⁵ “*With the passage of time I have come more and more firmly to the conclusion that it is never wise to have only one speech in this House dealing with an important question of law*”.

⁸⁶ (1964) AC 129.

precedente di 8 anni anteriore con un severo richiamo deontologico, precisando in modo ultimativo che nella sistemazione in senso gerarchico dell'organizzazione giudiziaria inglese è obbligatorio per le corti di livello inferiore accettare lealmente le decisioni di quelle superiori. Questo, secondo le inequivoche direttive della dichiarazione del 1966 che precluse la libertà di riesaminare gli indirizzi assunti nelle istanze superiori, e massimamente in quella finale, ed enfatizzò l'esigenza della incessante aderenza alla teoria del precedente, come per tradizione storica osservato.

La reprimenda impartita nel caso appena citato alla Court of Appeal non può, per il suo carattere perentoriamente didascalico, farsi retrocedere al semplice rango di normale revisione in sede di impugnazione di una sentenza appartenente ad un livello gerarchico meno alto. Essa va piuttosto intesa come profondo ed insanabile dissenso verticale verso i tentativi di insubordinazione e di scardinamento della scala insita nel sistema giudiziario ed appartiene, pertanto, al dominio del presente studio.

Un altro caso di opinione concorrente alla definizione del giudizio con dissenso rispetto ad una parte della struttura argomentativa della sentenza si diede nella nota pronuncia della House of Lords del 1992 nella controversia *Pepper (Inspector of taxes) v Hart*⁸⁷. In essa fu stabilita innovativamente, nel presupposto che il metodo proposto non desse luogo ad una proibita compressione delle prerogative del legislatore, la possibilità che in sede giurisdizionale potesse farsi ricorso, allo scopo di interpretare un testo normativo, ai lavori parlamentari. Operazione ermeneutica possibile solo verificandosi la triplice condizione che: a) il testo sia ambiguo, oscuro o implicante soluzioni assurde; b) il materiale utilizzato consista in dichiarazioni rese dal Ministro proponente insieme ad altri atti parlamentari necessari alla comprensione degli effetti del provvedimento; c) tali materiali esibiscano carattere di chiarezza. La sentenza rompeva un plurisecolare tabù circa la integrabilità in via interpretativa della lettera della legge con elementi ad essa esterni e trovò concordi sul nuovo principio tutti i componenti del Collegio. Tuttavia, in un'articolata opinione, Lord Mackay of Clashfern, pur apprezzando il tentativo della maggioranza di circoscrivere le ipotesi legittimanti tale processo, reputò che esso si rivelasse troppo esteso ed estensibile e, come tale, atto a causare risultati pratici nell'esercizio dell'attività giurisdizionale allo stato imponderabili. Queste riserve ostacolavano, pertanto, la possibilità che egli convenisse su questa parte della motivazione di maggioranza.

Ancora una volta, la riduzione allo scalino di opinione solo concorrente ne cela la effettiva portata in quanto la mera adesione al criterio della etero-integrabilità del testo normativo senza chiarire i limiti della sua concreta applicabilità finisce con lo stemperare in larga misura il senso e l'efficacia dello storico mutamento di orientamento giurisprudenziale.

Altrettanto assertiva ed indicativa di una rigorosa concezione degli oneri probatori gravanti sulla pubblica accusa nei processi penali fu l'opinione dissenziente espressa da Lord Goff of Chieveley nel caso del novembre 1999, noto come *Pinochet No.1*⁸⁸. Si trattava del giudizio

⁸⁷ (1992) AC 593.

⁸⁸ *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis, Ex parte Pinochet; R v Evans and*

concernente l'estradabilità verso la Spagna, che l'aveva richiesta con riguardo a reiterati atti ascrivibili alla categoria delle torture, dell'ex presidente cileno Pinochet, autore nel settembre 1973 del sovvertimento del regime democratico vigente nel suo paese sotto la presidenza di Salvador Allende. Con una schiacciante maggioranza di 6 a 1 la House of Lords si pronunciò per l'accoglimento della richiesta, dopo aver rigettato l'eccezione difensiva tendente a far valere in senso ostativo l'immunità spettante ai (pur cessati) capi di stato. Proprio su questa dirimente questione si appuntò il dissenso, questa volta anche decisivo, di Lord Goff of Chieveley il quale obiettò che per alcuni dei capi di imputazione formulati dal governo spagnolo l'azione penale fosse impedita da un previo procedimento e che, in ogni caso, al dittatore competesse l'immunità che tutti gli altri giudici avevano con ampia motivazione negato. Il punto più significativo del dissenso in parola è quello in cui, in aperta, ma garbata, polemica con l'opinione di Lord Hope of Craighead, ci si ribellava alla possibilità di colmare le asserite lacune probatorie presenti nella richiesta di estradizione e si proclamava il principio - in altri contesti completamente accettabile - per cui non è compito di una corte giudicante in un processo penale prestare ausilio all'accusa contribuendo con la propria decisione a rafforzarne la qualità⁸⁹. Nella specie, la carenza argomentativa dello stato richiedente si sarebbe registrata nella mancanza di ragioni convincenti con riguardo alla ricorrenza di circostanze giustificative della richiesta stessa. Va per inciso richiamato alla memoria il destino della sentenza in esame: essa, infatti, a distanza di soli due mesi, dopo essere stata confermata da un collegio diversamente composto della stessa House of Lords (che aveva nuovamente cassato la sentenza in sede di rinvio della Divisional Court di reiezione dell'istanza di estradizione)⁹⁰ fu all'unanimità annullata in accoglimento di un ricorso per revocazione proposto dall'estradando a causa del lamentato preconetto a lui sfavorevole albergante nell'animo di uno dei giudici del secondo collegio, Lord Hoffmann. E questo perché la moglie svolgeva un ruolo esecutivo nella branca locale di Amnesty International, ente che, nella sua formazione internazionale, era intervenuto adesivamente nel processo instaurato dal governo spagnolo.

Per chiudere sul caso, il dissenso di Lord Goff Chieveley rivela, prima ancora che il disaccordo sull'esito, una visione dai contorni schiettamente definiti del senso stesso dell'azione penale, di cui non si tollera il promovimento senza basi sufficienti, ma con la nascosta speranza che a riassettarla debba provvedere la corte giudicante. Vale la pena di ribadire che a fronte di un astratto principio di civiltà giuridica si contrapponevano drammatiche circostanze concrete che ragionevolmente avrebbero potuto attendersi di essere valutate, in base alle stesse risultanze processuali, come meritevoli del recupero dei gravi fattori di disvalore sul piano dei diritti umani della condotta dell'imputato.

Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex parte Pinochet, (1999) UKHL 17, su cui, v. di recente Warbrick, Mc Goldirck, Fox, *Immunity of a former head of State*, in Cambridge University Press on line, 2008.

⁸⁹ "this is after all a criminal matter, and it is no part of the function of the court to help the prosecution to improve their case".

⁹⁰ *Pinochet No.2* del 15 gennaio 1999.

Di opinioni dissenzienti vi è corposa traccia anche in fattispecie di cui si sospettava la sussumibilità nel paradigma delle discriminazioni dirette per motivi razziali e religiosi. Ci si riferisce al grandemente divisivo caso deciso nel 2011 dalla Supreme Court inglese⁹¹. In quella occasione la corte, in composizione allargata in ragione della rilevanza della questione, si spaccò con un voto di strettissima misura (5 a 4), pronunciandosi - in conformità alla sentenza della Court of Appeal - per la ricorrenza della discriminazione denunciata. È di sicura utilità all'apprezzamento di ogni risvolto del caso riassumerne sommariamente i fatti. A ricorrere (senza successo) alla corte di ultima istanza era una scuola religiosa ebraica, la Jewish Free School (JFS), la cui politica di diniego di ammissione di un aspirante allievo era stata considerata dalla Court of Appeal, a differenza della High Court, discriminatoria in via diretta su base razziale ai sensi della sezione 1 del *Race Relations Act* del 1976 che vieta trattamenti individuali meno favorevoli per ragioni razziali, ossia, ai sensi della successiva sezione 3, fondate sul colore, la razza, la nazionalità, l'origine etnica o nazionale⁹². In particolare, il fondamentale requisito preferenziale richiesto agli studenti ai fini della loro accettazione nel caso che il numero delle domande eccedesse quello dei posti disponibili era quello (in seguito alla sentenza la regola sarebbe cambiata divenendo più flessibile) che i candidati potessero essere considerati ebrei secondo i canoni fissati dalla più alta autorità ortodossa, l'Office of the Chief Rabbi of the United Congregation of the Commonwealth (OCR). Questi prevedono la necessità che sia soddisfatto il criterio matrilineare, ovvero, surrogatoriamente, quello della conversione materna al giudaismo secondo le regole ortodosse. Nella fattispecie, la scuola aveva negato l'accesso in soprannumero ad un adolescente di 13 anni, il cui padre era ebreo ortodosso (circostanza giudicata irrilevante data la decisività del criterio della discendenza materna) e la cui madre, italiana di nascita e non ebrea d'origine, si era poi, e prima ancora della nascita del figlio, convertita in conformità ai precetti dei Masorti, Reform and Progressive Jews, ma non di quelli ortodossi. Il cuore della controversia stava, appunto, nella legittimità dell'esclusione dalla scuola ai sensi delle norme citate e, più specificamente, nell'interrogativo circa la qualificabilità di essa in termini di discriminazione razziale diretta (e non fondata su motivi religiosi)⁹³. Di fronte alla lacerante alternativa la Supreme Court di stretta misura mantenne la linea sposata dalla Court of Appeal, accogliendo la tesi del genitore del giovane circa la

⁹¹ (2009) UKSC 15, *R (on the application of E) v Governing Body of JFS and the admissions panel of JFS*.

⁹² Sezione 1: "*A person discriminates against another...if (a) on racial grounds he treats the other less favourably than he treats or would treat other persons...*"; sezione 3:(1) *In this Act "racial grounds" means any of the following grounds, namely colour, race, nationality or ethnic or national origins*".

⁹³ Vasta è la letteratura dedicata all'esplorazione della rilevanza dell'appartenenza all'ebraismo, ed alla possibile sua incidenza sull'esito della causa, in importanti casi giudiziari. Di assoluto, chiarificatore interesse, anche per la prosa accattivante ed in più punti maliziosa, è la lettura del documentatissimo volume di Herman, *An unfortunate coincidence-Jews, Jewishness & English law*, Oxford 2011, ricca antologia di decisioni nelle quali molto avvertita appare la ricorrenza di quella "sfortunata coincidenza" che, secondo l'autore, perseguita storicamente in Inghilterra gli ebrei anche a livello giudiziario.

avvenuta violazione del *Race Relations Act*. A guidare con doviziosa motivazione la schiera della maggioranza fu il Presidente della Corte del tempo, Lord Phillips, a propria volta ebreo. Le sue parole rivestono, pertanto, un carattere assimilabile a quello della “*lead opinion*”, anche se ciascuno dei giudici preferì comprensibilmente stendere le proprie considerazioni. Poiché il perimetro motivazionale, nei cui confini in sostanza si mantennero tutte le altre, è chiaramente tracciato nell’opinione del presidente occorre in sintesi prenderla come riferimento. Opportunamente si intese sciogliere un dubbio preliminare comune a precedenti casi di applicazione della legge del 1976 e metodologicamente fondamentale nella controversia in esame. Il nodo, infatti, da dirimere era quello della prevalenza da conferire, nel giudizio circa la natura discriminatoria per qualsiasi causa di una data condotta, all’accertamento dei motivi individuali del discriminatore oppure, in alternativa, ai concreti criteri da questo utilizzati a fondamento della condotta. L’opzione per il secondo corno dell’alternativa, che apriva la strada alla dichiarazione di irrilevanza delle soggettive convinzioni della scuola circa la correttezza della propria politica sull’ammissione degli studenti nell’ipotesi di sovraffollamento, fu effettuata sulla base del rispetto di un precedente della House of Lords del 1989⁹⁴, in cui Lord Goff of Chieveley chiarì che, ricorrendo comportamenti discriminatori legislativamente rilevanti, in quanto si riscontri un trattamento meno favorevole per ragioni riconducibile al sesso (in altri termini, supponendo che la donna in questione avrebbe ricevuto il medesimo trattamento riservato ai maschi se fosse stata appartenente a quel genere), la sola intenzione albergante nell’animo di chi discrimina non è condizione necessaria per l’affermazione della violazione di legge. La scelta in favore dei “*factual criteria*” posti dal soggetto che discrimina rispetto alla sua intenzione fu confermata, sia pur a maggioranza, dalla medesima House of Lords l’anno seguente⁹⁵. Questa, infatti, dichiarò riconducibile in via oggettiva a ragioni discriminatorie fondate sulla differenza di sesso la politica di un ente comunale che ammetteva gratuitamente alla propria piscina le donne ultrasessantenni, riservando, invece, tale trattamento solo agli uomini ultrasessantacinquenni sul rilievo che, maturandosi i requisiti per la pensione femminile prima di quanto accada per i maschi, si presumeva che le prime si trovassero in condizioni economiche più precarie, così rendendosi meritevoli della provvidenza accordata. L’opinione di maggioranza redatta da Lord Bridge tornò a puntualizzare che il criterio selettivo onde rintracciare una condotta discriminatoria dovesse essere di stampo oggettivo e prescindere da valutazioni legate alle intenzioni dell’autore della condotta. Alla luce di tali precedenti Lord Phillips formulò la regola decisoria del caso concreto che suona nei termini che seguono. La discriminazione attuata sulla base del criterio della discendenza (la regola matrilineare) non può di per sé e meccanicamente farsi ricadere nella previsione legislativa delle discriminazioni effettuate su presupposti razziali: lo diviene se la discendenza viene contraddistinta con riferimento alle origini razziali o etniche. In tal caso diventa impossibile distinguere, con riferimento agli ebrei, tra condizione religiosa e condizione etnica. In altre parole, il

⁹⁴ *R v Birmingham City Council, Ex p Equal Opportunities Commission* (1989) AC 1155.

⁹⁵ *James v Eastleigh Borough Council* (1990) 2 AC 751.

ragionamento di Lord Phillips pare rispondere al seguente tratto argomentativo. Il rifiuto dell'allievo da parte della scuola avrebbe potuto, in astratto, essere giustificato dalla sua mancata appartenenza all'ortodossia religiosa prescritta. Ma, in effetti, era accaduto che la mancata ammissione fosse dipesa dall'origine italiana, e non ebraica, della madre, che, peraltro, aveva seguito per la sua conversione un rito diverso da quello sinagogale ortodosso. La medesima conclusione fu raggiunta da Lady Hale (che nel tempo avrebbe presieduto la Supreme Court), sempre sotto il profilo che i criteri selettivi della scuola obbedivano a ragioni rapportabili alle origini etniche dell'alunno. Nell'opinione in questione venne apprezzato il fatto che tutti i giudici facenti parte della maggioranza avessero avvertito il bisogno di pervenire allo stesso risultato attraverso la via della ricerca e del ragionamento autonomi, fatti espliciti nelle rispettive opinioni concorrenti.

Diametralmente opposta fu la ricostruzione in termini giuridici posta in essere nella sua opinione di minoranza, ancora una volta, da Lord Rodger che non mancò l'occasione per tener fede alla già ricordata fama di "*great dissenter*". Anche in quella circostanza il dissenso affondava le proprie profondissime radici parimenti negli strati più intimi della coscienza ed in quelli dell'intelletto e della cultura giuridica. La motivazione non accolta dalla maggioranza si snodò lungo un itinerario molto articolato ed attento a catturare sia l'origine delle differenze tra i riti di conversione ortodossa e Masorti sia, con speciale rilievo, a determinare i parametri di riferimento delle scuole ebraiche religiose all'evidente scopo di saggiarne la presenza in quella che era parte in causa e, per ricaduta, di acclarare l'effettiva sussistenza di condotte discriminatorie su basi etno-razziali ad opera di essa. Quanto al raffronto tra ebrei ortodossi ed ebrei masorti Lord Rodger sottolineò che questi ultimi condividono con i primi una serie di credenze e di pratiche derivanti in origine dall'ortodossia giudaica, aggiungendo, tuttavia, che attualmente le obbedienze non sono più comuni. In particolare, si fece osservare che, mentre tanto i Masorti quanto gli ortodossi professano di credere nella Torah, scritta e orale (da cui discende l'*halakhah*, vale a dire la traduzione normativa dell'ebraismo codificata in un corpo di scritture che include la legge biblica nonché tradizioni ed usanze), essi divergono nell'interpretazione di alcune sue parti. L'opinione, poi, dopo aver rilevato che effettivamente la conversione secondo i costumi Masorti operata dalla madre dello studente non soddisfaceva le caratteristiche proprie di quella ortodossa ai fini del riconoscimento della condizione di ebreo secondo i canoni del Chief Rabbi recepiti dalla scuola, enfatizzava il fatto che questa era stata dal Segretario di stato designata, ai sensi dello *School Standards and Framework Act* del 1998, come avente un carattere religioso ebraico. Lo statuto della scuola prevedeva che le regole a presidio delle procedure di ammissione degli studenti fossero oggetto di consultazione con il Chief Rabbi e privilegiassero solo gli studenti che questi considerasse ebrei alla stregua del proprio assetto normativo. Dall'iscrizione della scuola in questione al novero di quelle per legge accreditate di carattere religioso Lord Rodger dedusse una conseguenza di estremo interesse, quella che la stessa scuola dovesse fornire un'istruzione rientrante nel contesto religioso ebraico e più esattamente in quello proprio dell'ortodossia ebraica. Proprio per questo, infatti, era prevista la consultazione con il Chief Rabbi per la definizione dei criteri preferenziali di ammissione degli allievi nel caso di

sovrabbondanza di domande di iscrizione a fronte dei posti disponibili. La somma delle precedenti considerazioni portò il giudice a disegnare la mappa della controversia in termini di contrapposizione tra il Chief Rabbi e le autorità Masorti in relazione al peso ed alla qualificazione della discendenza in circostanze quali quelle oggetto di causa. L'opinione di minoranza si produsse in uno sfoggio argomentativo fondato sul criterio dell'assurdo, rilevando con malcelata e provocatoria ironia che il ragionamento contrario avrebbe fatto sì che in futuro nessuna scuola religiosa ebraica avrebbe potuto dare la precedenza nelle iscrizioni ad allievi da considerare ebrei in conformità alla loro religione, al loro credo ed alla legge ebraica. Ed ancor di più le scuole ebraiche sarebbero state costrette ad applicare un criterio di prova del tutto inedito se non inventato (*"concocted"*) per decidere quali alunni ammettere, in contrasto con 3500 anni di diritto ed insegnamento ebraico. Si imputò, pertanto, alla decisione maggioritaria lo "straordinario" risultato di dar luogo ad una manifesta discriminazione opposta a danno delle scuole ebraiche in confronto a quelle professanti altre fedi. Nel contestare apertamente l'opinione di Lady Hale, secondo la quale il rifiuto della scuola di ammettere il ricorrente era da addebitare a ragioni di discriminazione etnica scaturenti dall'origine della madre nata in Italia, Lord Rodger - nell'esprimere il proprio "rispettoso" dissenso - intinse la penna nell'acido solforico scrivendo che anche se la genitrice era italiana come Sophia Loren e cattolica romana quanto il Papa la vera ragione dell'esclusione risiedeva nella sua mancata conversione secondo le regole ortodosse. Da tutto ciò era conseguenziale arguire che, in effetti, contrariamente alla veduta della maggioranza, la condotta della scuola poggiava unicamente sulla discendenza materna in quanto la condizione religiosa della donna quale ebrea non era riconosciuta dal Chief Rabbi ortodosso: nulla, pertanto, a che vedere con le origini etniche e religiose italiane. Il che chiudeva il cerchio del ragionamento e sferrava un colpo mortale alla tesi della presenza di una discriminazione etno-razziale. Altre opinioni dissenzienti di carattere concorrente, quale quella di Lord Walker che si pronunciò per la ricorrenza di una causa di discriminazione basata sull'origine etnica, ma solamente di carattere indiretto e, quindi, priva di effetti caducatori della condotta, si susseguirono. Nessuna, tuttavia, poté porsi al pari di quella di Lord Rodger, memorabile per la vigoria logica, la stretta consequenzialità, il trasparente intento sardonico, preludio di una conclusione dalla forte connotazione di passione civile. E sarebbe stato un peccato imperdonabile se, prevalendo il divieto di opinioni formulate *"seriatim"*, gli studiosi del *common law* inglese fossero rimasti spogliati della possibilità di intrattenersi su un momento di siffatta, cristallina fattura culturale in senso amplissimo.

Nei primi anni di vita la Supreme Court ha conosciuto occasioni di giudizio la cui specialità per ciò che riguarda la materia trattata, le implicazioni anche di natura morale, le conseguenze in termini di possibile promozione del benessere individuale era così strabordante che quasi come conseguenza immancabile dovessero fiorire contrasti, o almeno mancate coincidenze, nel pensiero dei giudici facentine parte.

Un altro caso del 2011 toccò temi di elevata intensità giuridica ed umana e seppe causare una verticale divisione nella Corte, con l'opinione dissenziente di Lady Hale e quella concorrente quanto al risultato (del

rigetto del ricorso) ma non alla motivazione di Lord Kerr⁹⁶. La drammaticità delle condizioni di salute della ricorrente, già prima ballerina dello Scottish Ballet, rimasta severamente colpita nei movimenti a causa di una paralisi da colpo apoplettico, erano lo sfondo in cui la controversia si collocava. In particolare, l'originaria parte attrice, le cui condizioni si deteriorarono ulteriormente dopo una frattura del femore in vari punti e due successive cadute che richiesero un lungo periodo di degenza ospedaliera ed in conseguenza di una malattia alla vescica responsabile di ripetuti e sistematici episodi di incontinenza notturna, aveva usufruito per un lungo periodo dell'assistenza durante la notte di una badante, messa gratuitamente a sua disposizione dall'ente locale di residenza, che le consentiva di usare in sicurezza con il suo aiuto dei servizi igienici portatili. Nel corso degli anni, l'ente locale aveva ripetutamente sollecitato la donna ad avvalersi durante la notte, in luogo della badante, il cui costo (pari a circa 22.000 sterline annue) era sempre più elevato, di speciali pannoloni che le avrebbero evitato il pericolo della deambulazione autonoma. La proposta era stata costantemente respinta dalla donna, in quanto considerata lesiva della propria dignità. Infine, l'amministrazione le comunicò la drastica riduzione della spesa consentita per il mantenimento della badante notturna e la informò che le avrebbe messo a disposizione quegli accorgimenti prima menzionati, i quali le avrebbero consentito di non dover abbandonare il letto senza assistenza durante le ore notturne: le offrì, in alternativa, la possibilità del ricovero in una struttura gestita a propria cura e spese dall'ente stesso. Dopo alterne vicende nei gradi precedenti di giudizio, la persona disabile adì la Supreme Court in sintesi per ottenere in via di "*judicial review*" la dichiarazione che l'ente locale, nel modificare nei termini prima riferiti il programma di assistenza dedicatole, era venuto meno ai propri doveri stabiliti per legge. La maggioranza della Corte diede risposta negativa alle istanze della ricorrente ritenendo congrue alle esigenze della persona richiedente assistenza le misure offerte dall'ente locale e rispettose della sua dignità, anche in considerazione della mancata accettazione della degenza nella casa di cura proposita. Mentre Lord Kerr dichiarò con rammarico la propria decisione di concorrere al rigetto della domanda della ricorrente (pur riconoscendo che, comunque, rientrava tra le prerogative dell'ente pubblico quella di sottoporre a periodica revisione il programma assistenziale, benché la proposta di quello nuovo non soddisfacesse le richieste della paziente), l'opinione di Lady Hale fu veementemente contraria a quella degli altri giudici, di cui provocò la risentita ed insolita reazione a causa delle parole e delle allusioni usate. L'inizio dell'opinione dissenziente non dissimulò il desiderio di sovraccaricare i toni espositivi per attrarre il maggior grado possibile di attenzione e sperabilmente di conquistare consensi alla tesi sostenuta. Venne, infatti, posta, con un sicuro sottofondo retorico, la domanda (riguardante una condizione che potrebbe affliggere chiunque "*of us*", così operando una suggestione psicologica tale da includere ciascuno dei colleghi maschi nella platea dei possibili fruitori del servizio) se fosse da reputare legittima la decisione dell'amministrazione locale di fornire pannoloni o altri dispositivi assorbenti ad una persona clinicamente non

⁹⁶ *R (on the application of Mc Donald) v Royal Borough of Kensington and Chelsea* (2011) UKSC 33.

affetta da incontinenza ma bisognosa di aiuto per recarsi ripetutamente nella stanza da bagno. Ad avviso di Lady Hale la risposta all'interrogativo verteva sull'interpretazione ed applicazione di una specifica norma, la sezione 2 (1), del *Chronically Sick and Disabled Persons Act* del 1970 (il cosiddetto *Alf Morris's Act* dal nome del proponente di quella che viene comunemente definita la *Magna Carta* in materia di malattie disabilitanti, il quale divenne nel 1974 il primo titolare del dicastero per i disabili di un governo inglese). E la soluzione andava individuata nel dare preminenza alle concrete esigenze di una paziente con una patologia cronica, assicurandole un'assistenza effettiva attraverso una persona dedicata e non riempiendola di pannoloni, con il rischio che la stessa fosse lasciata per tutta la notte e fino al mattino seguente, allorché fosse intervenuta la (ancora consentita) badante diurna, "*lying in her faeces*". Bruciante fu l'accusa di illogicità mossa alla decisione di maggioranza in relazione alle conseguenze del mutamento del piano di trattamento assistenziale ed ancor più graffiante la conclusione che, in aperta polemica con i colleghi, sottolineava che ancora oggi - e in pratica contrariamente a quanto sarebbe derivato dalla soluzione avversata - viveva in un paese civile. Ciascuno dei tre giudici che avevano espresso giudizi eguali reagì in modo ben più che piccato alle osservazioni, e soprattutto al crudo linguaggio, di Lady Hale. Addirittura il giudice Brown (che punzecchiò la collega, sottolineandone una speciale competenza in materia di diritto dell'assistenza sociale) fece ricorso ad una inusitata replica all'opinione dissenziente redigendo in calce alla propria un "*addendum*" di risposta con cui si deprecava, oltre che le critiche, giudicate del tutto infondate, il ripetuto e quasi compiaciuto riferimento a funzioni biologiche e si ribaltavano le accuse sotto il profilo che la ricorrente aveva respinto l'offerta dell'ente locale di fornirle gli stessi servizi (in una casa di cura) invocati da Lady Hale. Nella propria opinione Lord Walker definì con accenti negativi le espressioni molto forti usate dalla futura presidente della Supreme Court e ne confutò recisamente la tesi secondo cui sarebbe davvero straordinaria, in senso dispregiativo, l'idea di obbligare qualcuno a recarsi in una casa di cura per ottenere un trattamento dignitoso. Ed infine, Lord Dyson, provocatoriamente adibendo come mezzo di replica lo stesso insistito richiamo di Lady Hale alle esigenze del corpo umano, ne stigmatizzò la povertà di ragionamento, limitato ad una generica censura di irrazionalità dell'opinione di maggioranza senza esibire alcuna capacità argomentativa contraria e, addirittura, senza aver prestato la doverosa attenzione alle risultanze istruttorie, tra le quali una qualificata testimonianza circa il fatto che l'uso di pannoloni è universalmente diffuso ed accettato nell'erogazione di servizi sociali. In conclusione, il caso di cui ci si è testé occupati non solo trabocca di vedute agli antipodi in tema di diritti individuali e di possibili pretese spendibili nei confronti delle autorità amministrative competenti in materia di salute; esso mette di fronte ad un dibattito interno il medesimo collegio di ultima istanza in cui talora, con molta evidenza, gli accenti personali e le provocazioni dirette prendono il sopravvento sulla rispettosa pacatezza dei ragionamenti.

L'aspro e fascinoso territorio dell'*equity*, intesa sia nella sua dimensione sistematica di fonte concorrente del diritto inglese sia quale autosufficiente apparato normativo incidente su istituti e questioni di larga utilizzazione pratica, ha anche di recente ospitato arresti della Supreme Court nei quali il

dissenso tra i componenti il Collegio è venuto prepotentemente alla ribalta lasciando gli interpreti in una posizione non semplice - data la marginalità della prevalenza dell'opinione di maggioranza - in ordine alla classificazione in termini di disciplina, anche a fini rimediali, di essenziali figure dell'*equity* stessa. Nella sentenza resa nel 2022 dalla corte suprema in *Guest v Guest*⁹⁷ è stato affrontato in una cornice fattuale molto particolare il tema storico della "*promissory estoppel*"⁹⁸, di cui viene data una precisa definizione contenutistica e strutturale. I fatti di causa sono così di seguito riassumibili. Al figlio di genitori esercenti l'attività di imprenditori agricoli su un fondo di proprietà familiare, sul quale insistevano anche fabbricati, gli ascendenti avevano promesso nel 1981, attraverso una disposizione testamentaria legittima⁹⁹, in considerazione del suo impegno professionale nel medesimo campo e del desiderio che proseguisse l'impegno lavorativo, di destinare a lui ed al fratello minore in quote eguali l'azienda e di attribuire alla terza figlia una partecipazione in termini monetari del 20% dell'asse ereditario. Tuttavia, sin dal 2008, dopo 32 anni nei quali il figlio maggiore aveva lavorato con i genitori nell'azienda di famiglia, i suoi rapporti con gli stessi iniziarono a deteriorarsi e 6 anni dopo i genitori redassero nuove disposizioni testamentarie con cui revocavano quelle già fatte a favore del figlio stesso, al quale, l'anno successivo, notificarono l'intimazione a lasciare i locali aziendali che aveva fino ad allora occupato con la propria famiglia. A quel punto il diseredato promosse un'azione giudiziaria per il riconoscimento dei suoi diritti successori sull'azienda sul fondamento dell'istituto del "*proprietary estoppel*". Figura, questa, consistente nell'attribuzione del rimedio di origine equitativa rivolto a prevenire la possibilità che il promissario sia destinatario di un comportamento contrario ai dettami della coscienza ("*unconscionable*") posto in essere dal promittente. Tale comportamento si sostanzialmente particolare, nella revoca della promessa originaria sulla quale l'altra parte abbia posto affidamento, per questo sostenendo oneri anche economici. La High Court, con sentenza confermata dalla Court of Appeal, in accoglimento della domanda del figlio maggiore, condannò i genitori a corrispondergli la somma di 1,3 milioni di sterline, corrispondenti alla delusione delle sue aspettative successorie e calcolate nella misura del 50% del valore dell'azienda agricola secondo il relativo volume d'affari: a tale somma venne aggiunto il 40% della proprietà del terreno e dei fabbricati nei quali sorgeva la stessa azienda. Sull'impugnazione dei genitori la Supreme Court a maggioranza (composta dai giudici Briggs, estensore, Arden e Rose) decise di accoglierla parzialmente, prevedendo, in luogo delle statuizioni di primo grado, rimedi alternativi a scelta dei ricorrenti, consistenti nella costituzione in trust a favore di tutti i tre figli dell'azienda di famiglia, con usufrutto a favore dei genitori vita natural durante o nell'attribuzione al solo figlio maggiore di una somma globale il cui ammontare riflettesse il vantaggio da lui conseguito in ragione del lungo godimento anticipato dell'eredità promessa. La concreta determinazione, in caso di mancato accordo tra le

⁹⁷ (2022) UKSC 27.

⁹⁸ Molto approfondita è la recente analisi monografica sui molti rivoli che sgorgano dal tema di Braun, *Claiming a promised inheritance*, Edinburgh, 2021.

⁹⁹ Sulla materia successoria in diritto inglese, v. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova 1995.

parti, avrebbe dovuto essere rimessa in sede di rinvio alla Chancery Division della High Court. L'opinione di minoranza (Lord Leggatt estensore, cui aderì Lord Stephens) si esprime nel senso che il ricorso avrebbe meritato di essere accolto per ragioni differenti ed in base al principio secondo cui lo scopo del "*proprietary estoppel*" è di evitare pregiudizi al promissario fidatosi dell'irretrattabilità dell'altrui promessa. Secondo tale linea di giudizio la Corte avrebbe potuto alternativamente: 1) disporre l'esecuzione in forma specifica della promessa ovvero condannare il promittente inadempiente al pagamento di una somma di denaro equivalente ed idonea a garantire al promissario la medesima condizione giuridica nella quale si sarebbe trovato in caso di adempimento; 2) riconoscere al promissario un risarcimento in misura utile a porlo nella medesima condizione giuridico-economica nella quale si sarebbe trovato se non avesse prestato affidamento nell'altrui promessa. A questa stregua la minoranza si è pronunciata per l'attribuzione al figlio maggiore della cifra di 610.000 sterline atta a compensarlo del danno patito per il fatto di aver prestato la propria attività nell'azienda di famiglia, riponendo fede nell'originaria promessa paterna. La somma rappresentava, altresì, il teorico valore delle prestazioni lavorative del figlio nell'ipotesi che esse fossero state rese in altro ambito lavorativo.

I diversi ragionamenti sviluppati all'interno dello stesso collegio della Supreme Court non si muovono soltanto in una cornice di differenze sul piano tecnico in cui si svolge il tema dei rimedi equitativi in genere: essi vanno, altresì, visti come diversi momenti di valorizzazione dell'attività prestata in un contesto familiare. Sembra, pertanto, conforme all'oggetto della presente ricerca dedicare l'attenzione ai diversi modi di atteggiarsi sul punto delle opinioni divergenti. Vi è in esse una parte comune dedicata alla ricostruzione in via storica della nozione di "*proprietary estoppel*" di sicuro interesse sul piano teorico. In primo luogo, non è contestata dalla minoranza la sede in cui collocare il dibattito che interessa le circostanze nelle quali sono chiamati in causa l'*equity* e la sua cospicua dotazione di rimedi. Si dice, infatti, nell'opinione di maggioranza che una delle principali funzioni dell'*equity*, senza difficoltà da assolvere nella fattispecie, è quella di porre rimedio ad ingiustizie, verso cui il *common law* si mostra cieco: il che implica l'allentamento di regole troppo rigide la cui applicazione urterebbe i principii di coscienza. Su questa scia si è considerato che la specialità delle circostanze indirizza la decisione verso l'obiettivo di rendere con esse compatibili due principii cardine del *common law*, quello dell'azionabilità di promesse non custodite nel guscio contrattuale e l'altro della libertà di revoca delle volontà testamentarie fino al momento della morte del disponente. In questo frangente e con ruolo alleviante la loro durezza rispetto ai fatti di causa si è reputato giusto ed opportuno l'intervento dell'altro principio, questa volta di origine equitativa, noto come del "*proprietary estoppel*". Di esso Lord Briggs dona una precisa spiegazione letterale scomponendola nella parte dedicata all'aggettivo ed in quella propria del sostantivo. Quanto al primo si osserva che il termine riflette la circostanza che la tutela in questione ha ad oggetto le promesse di attribuzione di situazioni soggettive di natura proprietaria ("*interests*"), seppur non ricadenti nelle categorie del *common law*, generalmente riferite ai fondi. Il sostantivo "*estoppel*" (che lo stesso Lord Briggs definisce "*quaint*", pittoresco), forma verbale contratta della locuzione "*remedy to stop*", allude allo scopo cui l'istituto è teso, ossia precludere al

promittente di tali situazioni soggettive la possibilità di rinnegare la propria promessa e, quindi, la commissione di un atto illecito rilevante in *equity* (“*equitable wrong*”). Altri passaggi promananti dalla maggioranza non hanno, per la loro solida base storica, incontrato le obiezioni della minoranza: tra questi il richiamo della natura puramente giudiziale (“*judge-made*”) del rimedio di cui si discute, con l’ovvia inferenza della natura discrezionale del suo concreto modo di esplicitarsi (tema sul quale, al contrario, si è spezzata, come si vedrà, l’unità di giudizio del collegio)¹⁰⁰. Il suffragio giurisprudenziale all’azionabilità in *equity* di pretese volte alla tutela di aspettative, cui siano conseguiti oneri in vista della loro realizzazione a carico del promissario, ed al rispetto di promesse incidenti sulla sfera in senso lato proprietaria è colto in un precedente del 1982 della High Court¹⁰¹ che conferisce alle corti di *equity* il potere di disporre l’esecuzione dell’impegno da parte di chi lo contrasse. Questa pronuncia, che incontrò il pieno apprezzamento della dottrina¹⁰², condiziona il cammino decisorio della maggioranza. Da quel precedente, infatti, essa trae la persuasione, anche questa non avversata dalla minoranza, che, nel perseguire l’obiettivo della piena realizzazione della promessa, i giudici possano ricorrere, di volta in volta, al più appropriato rimedio del caso, che può spaziare dall’esecuzione in forma specifica al risarcimento dei danni o all’indennizzo per il tradimento della legittima aspettativa. Ma è nella individuazione dello scopo dell’istituto, dal quale intuitivamente dipende la scelta della concreta tutela da attribuire al promissario in materia proprietaria, che si apre il varco che separa le due opinioni a confronto. Ed infatti, quella di maggioranza muove da una statuizione in negativo, di ciò che l’istituto non è chiamato ad assicurare: né la specifica esecuzione della promessa, né il riconoscimento di dazioni di denaro a fini compensativi del pregiudizio e dei costi rispettivamente subiti o affrontati in diretta relazione con l’aspettativa delusa. Piuttosto, i rimedi connessi al “*proprietary estoppel*” sono diretti a prevenire, attraverso sanzioni capaci di scoraggiarle, le condotte, contrarie ai doveri di coscienza, a cagione delle quali si produce l’effetto della revoca o della rimozione della promessa. Soluzione, questa, di vasto raggio e di innominata ampiezza applicativa che consente un potere di apprezzamento delle concrete circostanze in funzione della scelta della misura più efficace e dissuasiva del rischio di venir meno alla promessa. In questa prospettiva la maggioranza della Supreme Court ha optato per una soluzione binaria/alternativa, lasciando ai genitori promittenti la scelta tra la costituzione di un trust sull’azienda familiare in favore dei propri figli e la

¹⁰⁰ La sentenza riporta una significativa frase riportata nella ventiseiesima edizione del principale testo sull’equity, Snell’s *Equity*, 1966, pag. 629 ss., in cui è presente l’affermazione che, coltivando il rimedio del “*proprietary estoppel*”, l’equity si è palesata “*at its most flexible*”.

¹⁰¹ *Taylor’s Fashions Ltd v Liverpool Victoria Trustees Co. Limited* (1982) QB 144, in cui il giudice Oliver così si pronunciò: “*if under an expectation created or encouraged by B that A shall have a certain interest in land, thereafter, on the faith of such an expectation and with the knowledge of B and without objection by him, A acts to his detriment in connection with such land, a Court of Equity will compel B to give effect to such expectation*”.

¹⁰² La Supreme Court ricorda, infatti, che nella trentunesima edizione del 2005 di Snell’s *Equity* il passo citato nel testo viene qualificato “*the most important and authoritative modern statement of the doctrine*” del “*proprietary estoppel*”.

liquidazione in favore dell'attore di una somma onnicomprensiva delle sue pretese successorie, dalla quale detrarre il valore stimato in termini pecuniari dell'anticipato conseguimento, già in vita dei genitori, dei propri diritti ereditari. L'opinione della minoranza, come anticipato, si diparte dall'analisi in senso finalistico della "*proprietary estoppel*", facendo discendere da questo disaccordo precise e rilevanti conseguenze a livello di statuizioni sulle pretese del figlio maggiore. Ed infatti, il dissenso si manifesta nel momento in cui la minoranza compie un'attenta analisi delle aree di intervento dell'istituto e al contempo ne delimita i possibili effetti in sede giudiziaria. Quel che va escluso dall'area effettuale è la possibilità che per via dell'invocazione del "*proprietary estoppel*" possa supplirsi alla mancanza di vincolatività della promessa in quanto sprovvista della necessaria base e forma contrattuali. Altrettanto e logicamente imperseguibile viene giudicato il connesso risultato volto a promuovere al rango di obbligazione giuridicamente efficiente una promessa priva dei necessari requisiti, sempre per la sua estraneità al modello repromissorio tipico del "*contract*". Tuttavia, l'affidamento ragionevolmente suscitato dalla promessa poi ineseguita nell'animo del destinatario può innescare la reazione dell'*equity* e provocare l'azionabilità dei rimedi giurisdizionali del caso. Rimedi compositi e di natura tra loro alternativa, ma uniti dal desiderio di impedire che il mancato rispetto dal parte del promittente dell'impegno preso si risolva a detrimento del promissario. Viene così declamato il principio secondo cui l'autentica finalità che il "*proprietary estoppel*" si ripropone è quella di sbarrare la strada alla possibilità che sul promissario gravino pregiudizi di natura patrimoniale a causa dell'affidamento riposto nella promessa di natura proprietaria ricevuta. Alla luce di questa prospettiva, che mira alla protezione dalle conseguenze pregiudizievoli in termini di diminuzione patrimoniale nascenti non già dalla promessa in sé (incapace di dar luogo ad una "*legal obligation*") ma dall'incolpevole affidamento generato nel suo destinatario, la minoranza ha giudicato congruo disporre a favore del figlio diseredato l'attribuzione della somma compensativa di 610.000 sterline calcolata su una base presuntiva. Questa è, a propria volta, costituita dai guadagni che egli sarebbe stato in grado di conseguire autonomamente se, non fidandosi delle promesse paterne, non avesse applicato le proprie energie lavorative a favore dell'azienda di famiglia. La determinazione della cifra liquidata è stata dalla minoranza effettuata attraverso un dettagliato ragionamento sviluppato in un'apposita appendice della propria opinione e caratterizzato da un quadruplice elemento: a) l'individuazione del termine iniziale dal quale far decorrere il calcolo; b) la identificazione del mancato guadagno; c) la previsione di possibili interessi; d) la concretizzazione finale dell'ammontare da riconoscere a titolo indennitario all'attore.

In conclusione, il solco che distanzia le due opinioni è più profondo di quanto possa apparire ed ha implicazioni concettuali e pratiche al tempo stesso. Ed infatti, da un canto emerge una visione del "*proprietary estoppel*" come strumento in sostanza utilizzato per ottenere gli stessi effetti incrementali del patrimonio del promissario che si sarebbero prodotti se la promessa fosse stata mantenuta: il che prospetta una sorta di immedesimazione della vicenda nello schema, formale e sostanziale, del *contract*. D'altro canto, la posizione della minoranza sembra riprodurre la tensione propria delle domande giudiziali inserite nel paradigma finalistico

del “*certamen de damno vitando*”, al contrario di quello “*de lucro captando*” che sembra ravvivare l’opinione di maggioranza. Questa, a propria volta, per temperare l’effetto reale che coerentemente potrebbe discendere dalla propria impostazione, opera un bilanciamento di interessi rimettendo al debitore la scelta tra tutela reale (costituzione di un *trust*) e tutela obbligatoria (riconoscimento di una “*lump sum*” al promissario deluso) che, in certa misura, attenua la gravità delle conseguenze del proprio inquadramento dogmatico. In questo consistente iato alberga proprio il dissenso che nella fattispecie si è descritto.

Ed infine, adeguato spazio non può esser lesinato ad altri, notevoli casi in cui, proprio nell’alveo di un confronto rispettoso e pieno di accortezze espositive, il dissenso emergente parla la lingua del rigore tecnico e prende a mutuo elementi di legittimazione ricavati dal più raffinato pensiero giuridico. Un recentissimo esempio viene regalato da una pronuncia del gennaio 2023 della Supreme Court¹⁰³ riguardante la disciplina dei patti contrattuali, espressi o impliciti, e le possibili aree di sovrapposizione tra rimedi contrattuali e tutele in forza di “*unjust enrichment*”¹⁰⁴. Il caso aveva ad oggetto la controversia tra il venditore di un immobile e l’altra parte, in precedenza resasi inadempiente alla promessa di acquisto del bene stesso con conseguente incameramento da parte del promissario alienante della caparra già versata in suo favore. Si era tra loro pattuito verbalmente (con una stipulazione confermata nei suoi termini essenziali in sede giudiziale) che, nel caso in cui il secondo avesse presentato al primo un acquirente per il corrispettivo di 6.5 milioni di sterline, il venditore avrebbe corrisposto all’intermediario un compenso di 1.2 milioni di sterline, somma comprensiva della caparra già acquisita. In effetti, grazie all’interessamento dell’originario attore in giudizio, al venditore fu presentato un acquirente alle condizioni previste. Tuttavia, a seguito della scoperta che in prossimità dell’immobile sarebbe stato costruito un tratto della linea ferroviaria ad alta velocità, tra le parti si convenne – senza che al negoziato partecipasse l’intermediario – di ridurre il prezzo dell’acquisto a 6 milioni di sterline. Alla pretesa di quest’ultimo di conseguire la remunerazione promessa per il servizio prestato l’altra parte eccepì che il compenso sarebbe stato dovuto nel solo caso, in concreto non verificatosi, che la vendita fosse avvenuta per un corrispettivo maggiore. La High Court negò il diritto dell’intermediario, statuendo, tuttavia, con una statuizione non frequente, che, nell’ipotesi che il suo giudizio fosse stato ribaltato nei gradi successivi, l’equo compenso spettante all’attore sarebbe stato pari a 435.000 sterline. La Court of Appeal accolse l’impugnazione dell’intermediario, riconoscendogli il diritto ad un ragionevole compenso, fissato nella medesima cifra ipotizzata dal primo giudice. La Supreme Court, con una maggioranza di 3 a 2, accolse il ricorso del venditore, decidendo per l’insussistenza di qualsiasi diritto dell’intermediario in relazione all’attività svolta. L’opinione di maggioranza è stata redatta da Lady Rose (con cui hanno concordato i giudici Briggs e Stephens); sono state pubblicate due distinte opinioni di minoranza,

¹⁰³ *Barton and others v Morris and another in place of Gwyn-Jones (deceased)*, (2023) UKSC 3.

¹⁰⁴ Sul tema si può vedere Serio, *Unjust enrichment e restitution nel quadro delle fonti obbligatorie inglesi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2020, pag. 1 ss.

parzialmente differenti tra loro, rispettivamente dai giudici Leggatt e Burrows.

La questione sollevata davanti ai giudici supremi era di puro diritto ed involgeva alcuni punti nodali del rapporto tra fonti obbligatorie del diritto privato inglese, il diritto contrattuale e quello disciplinante l’*“unjust enrichment”* (in passato denominato *“law of restitution”*). Sia l’opinione di maggioranza sia ciascuna di quelle di minoranza ha avuto cura di svolgere una chiara ricognizione dei principi di diritto astrattamente applicabili alla fattispecie. È comune a tutte, e razionalmente motivata, l’idea che la pretesa dell’originario attore avrebbe potuto essere articolata in via alternativa utilizzando categorie ed istituti delle due branche civilistiche appena citate. In particolare, maggioranza e minoranza convennero sul fatto che la declinazione in chiave contrattuale della domanda avrebbe potuto essere vagliata con riguardo: a) all’esistenza di un patto espresso tra le parti in punto di remunerazione dell’attore; b) alla desumibilità di un patto siffatto in forma implicita dalle circostanze del caso concreto (*“term implied on the fact”*); c) alla derivazione del patto stesso in via egualmente implicita da disposizioni di legge (*“term implied by law”*). Relativamente alla deducibilità dai canoni dell’*“unjust enrichment”* della fondatezza della domanda dell’intermediario questa avrebbe potuto in astratto trovare conforto nella storica azione *“quantum meruit”*. L’opinione di maggioranza diede risposta negativa a tutte le ipotesi menzionate. Uno dei giudici di minoranza, Lord Leggatt, ritenne che l’attore avesse diritto ad un equo compenso solo in forza di un patto implicito per legge; l’altro dissenziente, Lord Burrows, concordò con la ricorrenza del tipo di pattuizione invocata da ultimo, reputando, tuttavia, possibile l’alternativa tutela del *“quantum meruit”*.

329

La presente sede non permette, come pure le stimolanti questioni affrontate consiglierebbero di fare, di soffermarsi in forma estesa sulle opinioni espresse dai componenti la Supreme Court: è, pertanto, necessario procedere ad un’esposizione per punti capitali. Nel procedere alla formulazione delle ragioni militanti a favore dell’affermazione ostativa al riconoscimento di qualsiasi tutela all’attore la maggioranza ha premesso l’esposizione del principio vigente, facendo seguire l’illustrazione dei motivi in concreto militanti per la loro inestensibilità al caso di specie. Quanto alla possibilità di rintracciare nell’accordo verbale tra le parti il germe della previsione invocata dall’intermediario Lady Rose ricorda che i termini che lo regolano vanno desunti dall’evidenza probatoria formatasi davanti al giudice¹⁰⁵. Ma nella fattispecie la maggioranza della Supreme Court ha recisamente escluso che vi fosse prova che l’intesa tra le parti avesse disciplinato anche il caso della vendita per un prezzo inferiore a quello pattuito come legittimante il compenso chiesto dall’attore. L’opinione qui illustrata passa poi ad allinearsi alla costante tradizione giurisprudenziale che ammette la possibilità di integrazione del contenuto contrattuale in presenza di circostanze tali da rendere necessaria l’inclusione di clausole inesprese se ciò realizzi l’obiettivo di soddisfare la comune volontà delle

¹⁰⁵ *Carmichael v National Power Plc* (1999) 1 WLR 2042, con l’opinione di Lord Hoffmann della House of Lords.

parti¹⁰⁶ ovvero nell'ipotesi in cui il contratto ricada in una categoria a proposito della quale la legge stessa preveda l'inclusione di un dato patto¹⁰⁷. Ma la possibilità incrementale per tale via dell'accordo verbale tra le parti è stata dalla maggioranza ignorata sotto il profilo che, quanto alle circostanze di fatto, esse non erano tali da rendere necessaria all'efficacia contrattuale la deduzione di un patto implicito avente ad oggetto una previsione di compenso ulteriore rispetto a quella esplicitamente convenuta. Si è anche osservato quanto all'ipotetico intervento della legge, che esso era impedito dalla carenza delle caratteristiche che, per rimanere in tema di intermediazione immobiliare, avrebbero consentito l'applicazione delle disposizioni del *Supply of Goods and Services Act* del 1982 o del precedente fornito da un caso del 1937¹⁰⁸, riguardante la diversa categoria professionale degli agenti immobiliari. Quanto, infine, alla sussumibilità del caso nella griglia dell'"*unjust enrichment*" la maggioranza ha obiettato che, alla stregua dei principii in materia¹⁰⁹, l'arricchimento del convenuto, consistente nell'aver beneficiato dei servizi dell'attore senza alcun obbligo remuneratorio, altro non era che l'effetto della mancata previsione nel patto orale dell'unica circostanza da far valere per il compenso, ossia quella, in realtà non occorsa, della vendita del bene per una cifra superiore a quanto effettivamente versato dall'acquirente.

Venendo alle opinioni di minoranza, Lord Leggatt si è dispensato dal prendere in esame la questione dell'"*unjust enrichment*", in quanto ridondante rispetto all'accertata riconoscibilità di una clausola "*implied by law*". Probabilmente il più stimolante contributo alla riflessione collegata al caso è proprio merito di questa opinione nella quale sono sapientemente coniugati principii giuridici ed etici. Ed infatti, l'autore dell'opinione stessa ha preso le mosse dall'osservazione secondo cui la mancata, espressa previsione tra le parti di un compenso per l'ipotesi della vendita dell'immobile per un prezzo

¹⁰⁶ A proposito dei "*terms implied as a matter of fact*", viene citato il precedente del 2015 della stessa Supreme Court in *Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* (2015) UKSC 72, con il richiamo da parte del presidente Lord Neuberger del "*leading case*" costituito da *Shirlaw v Southern Foundries* (1926) Ltd (1939) 2 KB 227, con la famosa frase del giudice MacKinnon della Court of Appeal che pose la regola per la quale la "*implication by fact*" soggiace al giudizio di un ipotetico, indiscreto osservatore che, avuta conoscenza del negozio posto in essere dai contraenti, suggerisca l'inserimento di una data clausola, ricevendo dagli stessi la infastidita risposta: "Ma è naturale...": "*if, while the parties making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress him with a common 'Oh, of course'*".

¹⁰⁷ Il precedente più noto e calzante si desume da *Liverpool City Council v Irwin* (1977) AC 239, deciso dalla House of Lords con l'opinione di Lord Wilberforce che rilevò come le obbligazioni derivanti dal particolare contratto controverso dovessero ricalcare quelle che la relativa natura tacitamente imponeva.

¹⁰⁸ *Way v Latilla* (1937) 3 All ER 759.

¹⁰⁹ Da ultimo affermati dalla Court of Appeal in *Dargamo Holdings Ltd v Avonwick Holdings Ltd* (2021) EWCA Civ 1149 che, aderendo al decisivo precedente della Supreme Court in *Benedetti Savaris* (2013) UKSC 50, ha ribadito che ai fini dell'applicazione dell'istituto occorre fornire adeguata risposta ai seguenti 4 interrogativi: a) se il convenuto in giudizio si sia arricchito; b) se l'arricchimento sia stato conseguito a spese dell'attore; c) se l'arricchimento fosse ingiusto; d) se a favore del convenuto operassero utili eccezioni.

inferiore al pattuito, ma riconducibile all'attività dell'attore che aveva messo in contatto il venditore con il compratore, non comportava l'inapplicabilità degli ordinari capisaldi del diritto contrattuale la cui sfera applicativa trascenda, integrandole, le sole previsioni espresse. Ed infatti, così spendendo l'argomento di natura etica, Lord Leggatt sostiene che l'obbligazione, da lui ritenuta incombente, di pagare all'attore una ragionevole somma riflette l'ordinaria aspettativa di chi, in ambito commerciale, fornisca all'altra parte prestazioni economicamente apprezzabili. E ciò perché, in un siffatto contesto, dimostrativo dell'intenzione delle parti di creare un rapporto giuridicamente rilevante, è inimmaginabile che chi presta la propria opera a favore di un'altra parte lo faccia per spirito caritatevole o per benevolenza e non per un'adeguata ricompensa¹¹⁰.

Concretamente, l'autore del dissenso concluse che si rivelava esatta la determinazione del compenso prudentialmente effettuata dalla High Court che in via equitativa l'aveva stimato in 435.000 sterline. In fondo, da questa argomentata conclusione è facile lasciar affiorare l'essenza stessa, corrispettiva ed avvinta nella luce della "*consideration*", del *contract* inglese¹¹¹. Ed allora, il dissenso di Lord Leggatt, allo stesso modo di quello di Lord Burrows che ci si appresta a descrivere, si dirige verso una meta che supera le strette barriere della disputa puramente tecnica ed affonda la propria ragion d'essere nelle radici e nella tradizione dello strumento giuridico di più vasta utilità e diffusione nella comune vita sociale, ossia il *contract*: ancora una volta ci si trova al cospetto di un "*principled dissent*".

Anche Lord Burrows ha dissentito della maggioranza, ritenendo, come Lord Leggatt, che dalle circostanze emergesse con certezza un "*term implied by law*" conferente all'attore un equo compenso, ben ravvisabile nella cifra espressa in primo grado. La peculiarità di questa opinione va, per altro verso, ricercata nella attenta ricostruzione delle ragioni per cui, se anche si fosse dubitato della ricavabilità *ex lege* di una clausola remuneratoria, il diritto al compenso sarebbe, comunque, scaturito dai principii dell'"*unjust enrichment*". La conclusione merita credito e rispetto particolarmente accentuati per un motivo del tutto singolare. Andrew Burrows, nella sua veste accademica, è uno dei massimi studiosi viventi del *law of unjust enrichment* inglese¹¹² nonché allievo diretto del compianto Peter Birks¹¹³, al cui ingegno ed alla cui onestà di pensiero si deve il felicissimo *revirement* concettuale che portò a riconsiderare la materia sotto l'accogliente pensilina dell'attuale denominazione. Questa, infatti, con i congrui aggiustamenti teorici (a partire dalla "*failure of basis*" di cui si dirà), assorbì il collaudato patrimonio del "*law of restitution*". Il rimedio individuato per soddisfare la pretesa dell'attore fu

¹¹⁰ "*the ligation to pay a reasonable sum reflects the ordinary expectation that those who, in a commercial context, provide valuable services to others do so for reward and not simply out of charity or benevolence*".

¹¹¹ Si può vedere sul punto, Serio, *Il contract e l'Europa*, in particolare pag. 649 ss., nel II volume del *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007.

¹¹² Suo è il basilare volume, *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford, 2012.

¹¹³ *An introduction to the law of restitution*, Oxford, 1989.

quello dell'azione per “*quantum meruit*”, remuneratoria di prestazioni vantaggiose per altri anche se fuoriuscenti da una precisa collocazione contrattuale, il cui esito va calcolato secondo il valore di mercato dei servizi resi. Il fondamento dell'importante risultato cui il giudice di solidissima provenienza accademica è pervenuto poggia proprio sull'idea che a surrogare l'eventuale previsione contrattuale stia la modernissima idea dell'ingiustizia dell'arricchimento che soddisfa i requisiti per l'azione in parola determinata dalla “*failure of basis*”¹¹⁴, intesa come il mancato avveramento della base o della ragione giustificativa del pagamento o la sua insufficienza¹¹⁵. A maggior ragione l'opinione di Lord Burrows va iscritta tra quelle dissenzienti al tempo stesso maggiormente dotte e meglio obbedienti ad un ordine concettuale cui l'autore è indissolubilmente legato per ragioni di coerenza culturale che da sole spiegano ed impongono la loro chiara manifestazione anche in un contesto minoritario.

A distanza di appena una settimana la Supreme Court è tornata a dividersi verticalmente nel decidere (nuovamente con una maggioranza di 3 a 2) su una questione ancora una volta di pretto stampo civilistico afferente allo storico istituto della “*private nuisance*”¹¹⁶. Le circostanze dedotte in giudizio erano straordinariamente intriganti per la loro singolarità. Un gruppo di abitanti che a vario titolo occupava un edificio a più piani posto di fronte alla terrazza panoramica di recente costruita dalla Tate Modern, prestigiosa galleria d'arte moderna sita in un'area densamente popolata ed inurbata della zona est di Londra, lamentava il fatto che i numerosissimi visitatori di essa, circa 500.000 l'anno distribuiti lungo tutte le ore del giorno e della notte e per l'intera settimana, potessero indisturbati godere (come in effetti accadeva costantemente e senza soluzione di continuità), oltre che di quella dell'avvincente panorama della città, della vista completa, prospiciente ed inspicente, e non ostacolata, dei loro appartamenti edificati con sistemi di vetrate. Nel presupposto che la sopraelevazione della terrazza da parte del museo ed il conseguente ed ininterrotto uso della stessa da parte dei visitatori, con gli effetti visivi descritti, andasse ascritto alla gamma delle molestie illecite giuridicamente rilevanti, gli abitanti agirono in giudizio contro gli amministratori dell'importante polo artistico chiedendone la condanna all'inibizione della fruizione della terrazza da parte degli ospiti o, in alternativa, la condanna al risarcimento dei danni prodotti dall'inadeguato sguardo lanciato ai loro appartamenti. La richiesta fu rigettata, anche se con motivazioni del tutto diverse, sia dalla High Court sia dalla Court of Appeal. Il primo giudice ragionò secondo un triplice ordine argomentativo, ritenendo che: a) la costruzione della terrazza panoramica non costituisse un uso ragionevole della proprietà da parte del museo; b) gli stessi abitanti si fossero esposti dell'ispezione visiva avendo sin dall'origine scelto un sistema murario a vetro; c) a tali inconvenienti gli attori avrebbero potuto tranquillamente porre rimedio apponendo scuri o applicando tende. La Court of Appeal raggiunse il medesimo risultato decisivo applicando un differente

¹¹⁴ Serio, *Unjust enrichment*, cit., passim.

¹¹⁵ Birks, *The law of restitution*, cit., pag. 223, che così definisce la “*failure of consideration*”, altrimenti detta “*failure of basis*”: “*the state of affairs contemplated as the basis or reason for the payment has failed to materialise or, if it did exist, has failed to sustain itself*”.

¹¹⁶ *Fearn and others v Board of Trustees of the Tate Gallery* (2023) 4 UKSC.

modello di ragionamento nel senso che, pur criticando l'opinione della High Court, l'attività oggetto della doglianza si esauriva in sostanza nella semplice circostanza che i due edifici fossero tra loro frontistanti e che non potesse qualificarsi come illecita “*nuisance*” la sola possibilità di guardare da un edificio all'altro. Il ricorso degli abitanti alla Supreme Court è stato accolto con l'opinione favorevole dei Lords Leggatt, redattore, Lloyd Jones e Reed, Presidente della Corte e quella contraria dei Lords Sales, estensore, e Kitchin. La lettura della sentenza nella sua complessa articolazione, di maggioranza e di minoranza, lascia senza fraintendimenti comprendere che all'interno del Collegio si è consumato uno scontro frontale sulla interpretazione della struttura della “*nuisance*” come categoria generale e, in particolare e dirimente maniera, sulle condizioni necessarie e sufficienti ai fini del suo accertamento giudiziale, in tal modo intervenendo su un dibattito plurisecolare. Da un punto di vista generale, la maggioranza rovescia il comune modo di guardare al fenomeno delle molestie, rigettando l'impostazione tradizionale declinato in negativo. Secondo questa dottrina la loro sussistenza sarebbe esclusa laddove l'attività oggetto di scrutinio corrisponda ad un uso ragionevole della cosa o del diritto che la concretizza e propendendo per il concetto positivo alla cui stregua dar luogo alla *nuisance*, vale a dire l'uso sfuggente ai criteri di ordinarietà o normalità in relazione alle concrete circostanze, quali la dislocazione dell'attività stessa in area industriale o residenziale. In particolare, la maggioranza ideologizza al massimo le ragioni sottostanti ad un atteggiamento contrario alla tesi dei proprietari dell'edificio soggetto agli sguardi dei visitatori della Tate Modern. Viene, infatti, elevato esplicitamente il sospetto che a giocare contro la posizione possa essere stato un pregiudizio, consistente nell'opporvi all'idea che le pretese di pochi, opulenti proprietari di appartamenti di lusso possano prevenire il godimento da parte della collettività della vista panoramica della capitale inglese o, addirittura, la possibilità per un prestigioso museo di offrire ai propri ospiti un tale spettacolo. Ad una simile impostazione si opporrebbe la configurazione classica del *tort* di *nuisance* come di un illecito diretto contro la proprietà fondiaria, vale a dire come un'antigiuridica interferenza con l'altrui godimento dei propri diritti immobiliari. In tale nozione debbono includersi non solo i fondi ma anche gli edifici e le altre cose che vi sono fisicamente attaccate ed i diritti, quali quelli di servitù: viene così prestata piena adesione alla storica concezione dottrinarica presente nel fondamentale pensiero di un prestigioso autore¹¹⁷. Si chiarisce al riguardo che, secondo l'insegnamento della House of Lords nel 1997¹¹⁸, attorno alla figura della *nuisance* si coagula la tutela del titolare dei diritti fondiari contro ogni condotta che cagioni una diminuzione del valore o dell'utilità ritraibile dal bene oggetto di illecita interferenza e non un semplice disagio alla sua persona. Dal che viene dedotta la conclusione che non esista alcuna aprioristica limitazione concettuale degli atti che possono dar vita ad una “*nuisance*” nel senso descritto. Il mosaico dei principii destinati a governare la materia viene

¹¹⁷ Newark, *The boundaries of nuisance*, in *The Quarterly Law Review*, 1949, pag. 480 ove si legge che “*The term “nuisance” is properly applied only to such actionable user of land as interferes with the enjoyment by the plaintiff of rights in land*”.

¹¹⁸ In *Hunter v Canary Wharf Ltd* (1997) AC 655.

integrato dal tassello che fa risaltare come tutta la disciplina delle “*private nuisances*” si preoccupi di stabilire un equilibrio tra diritti in conflitto e fisicamente contigui, quello del proprietario di esercitare a proprio piacimento la sua situazione fondiaria e l’altro del vicino di non subire illecite interferenze nel godimento dei propri diritti¹¹⁹. L’opinione maggioritaria, parlando per bocca di Lord Leggatt, chiarisce che, nel disegno generale della branca del diritto privato inglese che va sotto il nome di “*law of nuisance*”¹²⁰, si rivela essenziale la prevalenza accordata all’uso ordinario e normale del fondo rispetto ad altre forme meno comuni di utilizzazione. Quanto alla determinazione contenutistica di ciò che possa ascriversi all’uso comune ed ordinario di un fondo (“*common and ordinary use of land*”) la Supreme Court fa rivivere il criterio che sta alla base di un precedente del 1879¹²¹ secondo cui bisogna aver riguardo al carattere del luogo in cui si svolge la condotta molesta¹²². L’ultimo dei principii generali vigenti in materia, largamente accettato anche da dottrina¹²³ di cui la maggioranza ha tenuto conto, è stato quello che conduce a negare efficacia scriminante alle condotte moleste che pur apportino beneficio al pubblico. La conclusione che, al termine di un’analitica ponderazione combinata di elementi di diritto e circostanze di fatto, l’opinione prevalente ha raggiunto è stata nel senso che l’adibizione da parte della galleria d’arte moderna della terrazza come punto di osservazione dei visitatori da cui diramare sguardi intrusivi negli appartamenti di fronte la rendita responsabile verso gli occupanti degli appartamenti su cui ricade la vista prospiciente. Il tema della scelta dell’opportuno rimedio, inibitorio o risarcitorio, da riconoscere agli attori è stato rimesso alla valutazione del giudice di primo grado in sede di rinvio, con l’invito ad attenersi ad un quadruplice ordine di fattori: a) se risponda o meno all’interesse pubblico il mantenimento di una vista a 360 gradi e se ciò prevalga sull’interesse dei privati a vedersi attribuita la tutela inibitoria richiesta; b) se le possibili soluzioni alternative offerte dalla Tate Modern siano sufficienti a precludere l’applicazione dei rimedi chiesti dagli attori; c) l’estensione dell’eventuale rimedio inibitorio; d) la scelta dei criteri per pervenire alla liquidazione dell’eventuale risarcimento dei danni.

Nell’opinione di minoranza redatta da Lord Sales con l’approvazione di Lord Kitchin si cerca di scolpire geometricamente l’area controversa, circoscrivendola ad una doppia indagine: a) se possa ravvisarsi una “*private nuisance*” e, quindi, un’illegittima interferenza nell’altrui proprietà, nel fatto che si dia luogo ad un contatto visivo con il luogo di abitazione dei titolari

¹¹⁹ Principio espresso dalla House of Lords in *Sedleigh-Denfield v Callaghan* (1940) AC 903: il bilanciamento va realizzato, secondo le parole di Lord Wright, “*between the right of the occupier to do what he likes with his own, and the right of his neighbour not to be interfered with*”.

¹²⁰ Si può vedere, Serio *Le immissioni nel fondo del vicino*, pagg. 1-42, Napoli, 1988, come introduzione alla traduzione italiana di Buckley, *The law of nuisance*, 1981.

¹²¹ *Sturges v Bridgman* (1879) 11 Ch D 865.

¹²² Secondo la Chancery Division nel caso del 1879 citato nella nota precedente, ciò che sarebbe molesto a Belgrave Square, cuore dei quartieri residenziali di Londra, non lo sarebbe necessariamente a Bermondsey, area popolosa e malfamata del sud-est della capitale.

¹²³ La sentenza cita la ventitreesima edizione, datata 2020, del classico *Clerk & Lindsell on Torts*, London, par.19-107.

del relativo diritto; b) se, in caso affermativo, le circostanze del caso concreto siano tali da far ritenere fondata la pretesa degli attori. L'approccio al "*thema decidendum*" per il quale la minoranza ha optato è stato senz'altro ispirato ad un atteggiamento molto più "*anticlimax*" rispetto a quello della maggioranza in quanto, sfuggendo ad ogni drammatizzazione dei conflitti di classe o di ceti giuridico-economici evocati da questa, si indirizza verso un criterio risolutivo affatto nuovo nell'esperienza del diritto inglese, quello che si appunta sulla ragionevolezza ("*reasonableness*") delle relazioni di vicinato¹²⁴, favorendone lo sviluppo in termini di reciproci compromessi. La ricerca di questi ultimi deve incombere anche sulle corti di giustizia, le quali, pur di fronte a fattispecie come quella presente in cui è certo che la possibilità introspettiva nelle altrui abitazioni assicurata ai visitatori della terrazza debba essere classificata tra le "*private nuisances*", non possono astenersi dall'ispirare le loro decisioni alla logica del "*give and take*" e, pertanto, alla individuazione di un ragionevole, mutuo, conciliante compromesso tra le posizioni antagoniste. Questa linea di pensiero si converte secondo l'opinione di minoranza nella necessaria preminenza dello standard di giudizio fondato sulla ragionevolezza e non sull'ordinarietà dell'uso della cosa propria. A tale stregua è stato reputato immune da censure argomentative il ragionamento della High Court che ha respinto la tesi che la condotta degli amministratori della Tate potesse definirsi irragionevole anche in considerazione delle specifiche circostanze della diffusa e larga adibizione pubblica della galleria. Ed infine, la minoranza ha dichiarato il proprio disaccordo sul capo della sentenza con cui la maggioranza, in dispregio del criterio della concentrazione delle questioni dedotte e deducibili ("*principle of finality*"), ha disposto il rinvio al primo giudice della decisione sui rimedi accordabili agli attori, senza che costoro avessero, come era loro onere, discusso il tema nei precedenti gradi di giudizio.

Anche nel caso appena illustrato la divisione all'interno della Supreme Court risiede nella visione circa i confini del diritto di proprietà individuale e le barriere che ne garantiscano l'invalidabilità anche di fronte ad un interesse diffuso alla fruizione dell'altra proprietà in concorrenza. E se questa profonda fessura si è prodotta, non vi è dubbio che l'origine stia nel contrassegno pluralistico che le opinioni contrastanti palesano, nella stessa misura nella quale, una volta di più, gli stessi, speculari sentimenti circolano nella complessa società in cui si svolgono le vicende processuali.

L'esposizione che precede, per quanto concisa a fronte di numerosissimi altri esempi di significativi dissensi emersi nel lungo tempo di formazione giurisprudenziale inglese, sembra ben capace di scandire un messaggio che dovrebbe sollevare gli spiriti degli studiosi e cultori di quell'ordinamento. Dissentire è ancora una volta indice di quella forza propulsiva del suo sviluppo e della più stretta sintonia con il sentire sociale che direttamente discende come flusso ininterrotto dal pluralismo ideale. E la giurisprudenza della UK Supreme Court continua a mostrare di non temere l'evenienza e, al contrario, di saperla perfettamente governare senza

¹²⁴ Viene citato a tal proposito il caso *Cambridge Water Co. V Eastern Counties Leather plc* (1994) 2 AC 264 in cui Lord Goff fu araldo dell'impostazione di siffatti rapporti all'insegna del "*give and take*" inteso come ragionevole compromesso tra istanze in competizione.

negativi scossoni di sistema.

8. Una visione d'insieme conclusiva

Il breve viaggio compiuto nel tormentato cammino delle opinioni dissenzienti nell'universo dei principali sistemi di *common law*, il britannico e lo statunitense, consegna fotogrammi più nitidi del loro mantenimento in vita, pur nel mezzo dell'iniziale e protratto ostracismo. Basti pensare, riferendoci all'esperienza d'oltre oceano, al tentativo, in parte già descritto, di biasimare il dissenziente perché portatore di una sorta di ipertrofia della propria personalità ed alla corrispondente diminuzione dell'importanza del suo pensiero, la cui omissione nei repertori ufficiali, oltre a realizzare utili economie di spazio, gioverebbe alla dignità ed al grado di influenza delle pronunce giudiziarie¹²⁵. A tal punto l'impopolarità delle opinioni "*seriatim*" pronunciate era sentita che si pensava che le critiche rivolte al dissenso giudiziale appartenessero al campo del pensiero giuridico classico¹²⁶. La tendenza si protrasse anche durante la prima parte del secolo scorso, in misura tale da far ritenere che la questione dell'ammissibilità delle "*dissenting opinions*" avesse in sostanza perduto di interesse¹²⁷. Ma al tempo stesso si è riconosciuto che la divulgazione del dissenso abbia consentito ad ogni categoria di giuristi di moderare le proprie critiche alle carenze delle rappresentazioni giurisprudenziali in forma impersonale¹²⁸. Lo scorrere del tempo e l'accrescersi dell'abitudine di tollerare che il dibattito interno alla Corte federale statunitense venisse convogliato fuori dalle mura della camera di consiglio e reso leggibile ha prodotto la rivalutazione pure dottrinarica della fruttuosità del dissenso, anche di recente accreditato dell'idoneità ad incrementare il significato per la società civile dei precedenti giudiziari. Ed infatti, il dissenso viene visto come veicolo per l'emersione di nuovi valori e realtà sociali¹²⁹. Analoga la posizione di chi al dissenso attribuisce il pregio di far conoscere all'intera opinione pubblica i meditati e trasparenti punti di vista espressi dalla Corte Suprema federale: essi, infatti, appaiono ben più giovevoli alla legittimazione ed al prestigio della corte di quanto possano fare la soppressione della conoscenza delle opinioni contrarie e la tacitazione dei contrasti¹³⁰. Per percepire con inequivocabile plasticità il progresso del percorso evolutivo da periodi più risalenti alle odierne vedute nel diritto inglese giova il riferimento alle intransigenti, per il tempo della loro

¹²⁵ Così Smith, *Personal and official authority: turn of the century lawyers and the dissenting opinion*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 2012, che a nota 1 di pagina 512 riporta l'espressione utilizzata in *Albany Law Journal*, 1874, pag. 324.

¹²⁶ Smith, *op. loc. Cit.*, che menziona le parole di Wiececk, *The birth of the modern Constitution: the United States Supreme Court, 1941-1953*, 2006, pag. 16.

¹²⁷ Così Smith, *op. cit.*, pag. 538 rifacendosi ad un articolo di Knight, *The dissenting opinions of Justice Harlan*, in *the American Law Review*, 1917, pag. 481 ss. che archivia la controversia di cui al testo quasi come relitto storico, coniugandola al passato lontano.

¹²⁸ Smith, *cit.*, pag. 540.

¹²⁹ L'Heurex-Dube, *The dissenting opinion*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2000, pag. 516.

¹³⁰ Steinman, *Signed opinions, concurrences, dissents and vote counts in the U.S. Supreme Court: boon or bane? (A response to Professors Penrose and Sherry)*, in *Akron Law Review*, 2019, pag. 33.

pronuncia, parole del Lord Chancellor Halsbury, giurista di chiarissima ed incontrastata fama, in un caso del 1898¹³¹ a proposito della immutabilità dei principi di diritto enunciati dalla House of Lords e conseguentemente della implicita inconcepibilità di opinioni dissenzienti al riguardo. Secondo il rinomato giudice l'avvenuta pronuncia da parte dell'allora corte di ultima istanza del principio di diritto rende impossibile in future occasioni sollevare nuovamente la questione come se non fosse stata mai trattata in passato (*"res integra"*) e preclude alla stessa House of Lords di tornare sul proprio precedente: solo al parlamento potrebbe esser consentito correggere gli eventuali errori contenuti nel precedente¹³². Il mantenimento di questo modo di interpretare il ruolo nomofilattico della House of Lords in quanto organo decisorio di ultimo grado avrebbe prodotto una coppia di risultati ostili allo sviluppo ed al raffinamento del diritto inglese. In primo luogo, si sarebbe determinata una pregiudizievole sclerosi degli indirizzi giurisprudenziali, soffocandoli in una asfissiante stretta irrigidente. In secondo e conseguenziale luogo si sarebbe bloccata sul nascere, per la sua inanità pratica, la stessa teorica eventualità di esprimere futuri dissensi su questioni di diritto già definite. Ma, a lungo andare, fortunatamente ambedue i rischi furono diradati. Il primo, grazie ai provvidenziali *Practice Statements* del 1966 che resero mobili, in quanto soggetti a successive revisioni, i precedenti della House of Lords ad opera della stessa. Il secondo pericolo fu disinnescato proprio in virtù del mai cessato ricorso al dissenso giudiziale che, anzi, aumentò di volume, frequenza, completezza argomentativa. E fino ai nostri giorni non ha più trovato credito, come l'esposizione fatta nel paragrafo precedente dimostra, la tesi della nocività alla stabilità del sistema delle opinioni minoritarie platealmente manifestate. Piuttosto, la sensazione, ampiamente confortata dall'esame dell'esperienza quale si è uniformemente dispiegata nel tempo e nello spazio e mano a mano qui studiata, è che l'andamento del discorso giudiziale sviluppato nel singolo caso porti a definire, in obbedienza a canoni formali e tassonomici, come dissenziente l'opinione minoritaria, mentre, nella sostanza, questa si rivela come una seconda sentenza, alternativa all'altra e priva di dignità decisoria solo per la preponderanza numerica di questa. Il che equivale a definire riduttiva dal punto di vista strutturale la considerazione del dissenso come una specie di incidente/accidente nel cammino della giustizia, dovendo ad esso, proprio alla luce della concretezza casistica, riconoscersi la forza, più o meno attenuata a seconda del sistema ordinamentale in cui opera, di un giudizio del tutto alternativo e fungibile, se non per l'evidente deficit quantitativo, rispetto all'opinione di maggioranza, ossia di quella che per accettata, intuitiva e ragionevole convenzione universale finisce per essere identificata con l'unica sentenza ufficiale pronunciata nel singolo caso. Ma va precisato che l'opinione dissenziente (lungi dal contare come semplice discordanza concettuale e materiale) conterrebbe in sé tutti i requisiti in termini di completezza di analisi e di esposizione per assurgere al rango di

¹³¹ *The London Tramways Co. Ltd. v. The London County Council* (1898) UKHL 1.

¹³² "A decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards and it is impossible to raise the question again as if it was *res integra* and could be regarded, and so the House be asked to reverse its own decision. Nothing but an Act of Parliament can set right that which is alleged to be wrong in a judgment of this House".

sentenza a tutti gli effetti in virtù della sua declinazione in forma pienamente capace di soddisfarne i relativi standards. Forse questa potenziale attitudine a generare una molteplicità di facce delle decisioni in ipotesi attagliabili al singolo caso ed il conseguente attentato al dogma dell'unicità della pronuncia possibile e della insondabilità delle posizioni dei componenti gli organi giurisdizionali collegiali sta alla base dell'ancora irriducibile sospetto in cui è avvolto l'istituto del dissenso in altri ordinamenti europei, quali quelli di *civil law*¹³³. Il dibattito è aperto, anche se i suoi frutti, almeno limitatamente all'Italia, sono ancora acerbi e spesso mal digeriti. Anche le acque della Corte EDU si sono da tempo increspate con la definitiva, ripetuta conferma dell'ammissibilità del dissenso circolato tra giudici di diversa estrazione e tradizione giuridica¹³⁴.

Non mancano adesso, come non sono mancati nel passato, brillanti analisi ed accorati appelli all'abbandono di abiti mentali ostativi all'affrancamento di molte esperienze giuridiche continentali dalla diffidenza verso l'opinione dissenziente. Eppure, i motivi per rimuovere molte subliminali suggestioni negative possono facilmente trovare credito e credibilità se solo si porge tranquillamente la vista verso i sistemi di *common law*, come questo studio si è sforzato di dimostrare.

Mario Serio

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Palermo
mario.serio@unipa.it

¹³³ Sulla ospitalità offerta dai sistemi tedesco e spagnolo all'opinione dissenziente v. Lieto, *Il dilemma dell'opinione dissenziente: aperture e chiusure di un dibattito ricorrente*, in Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, 2021, pag.324 ed in particolare nota 55 e Camoni, *Due importanti lezioni europee per l'introduzione dell'opinione dissenziente nella Corte costituzionale italiana*, nella medesima rivista, 2021, pagg.61 e 70.

¹³⁴ Pinto de Albuquerque e Cardamone, *Efficacia della dissenting opinion*, in *Questione Giustizia on line*, 2022.