

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ TRA UTILITARISMO ANGLOSASSONE E CODICI PROCESSUALI ATTUALI¹

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE BETWEEN ANGLO-SAXON UTILITARIANISM AND CURRENT CODES OF PROCEDURE

Andrea Panzarola²

RIASSUNTO: Anche nel settore del giudizio civile si registra un crescente interesse per il giurista e filosofo londinese Jeremy Bentham e per le sue proposte in tema di disciplina della prova e di organizzazione della procedura giudiziaria. Le tesi utilitaristiche benthamiane possono scorgersi pure nella impostazione generale delle “Civil Procedure Rules” inglesi e nella teoria, che vi è accolta, della “proportionate justice”. Peraltro, tanto le concezioni di Bentham, quanto l’impiego del canone di proporzionalità in chiave utilitaristica, pongono delicati problemi e rischiano di ostacolare una piena tutela dei diritti individuali alla tutela giudiziaria.

PAROLE-CHIAVE: Utilitarismo. Jeremy Bentham. Principio di proporzionalità. Procedura civile.

ABSTRACT: Also in the civil procedure field there’s a growing interest about the Londoner jurist and philosopher Jeremy Bentham and his proposals related to the regulation of evidences and civil procedure organization. The Benthamian utilitarian theses may also be seen in the general regulation of english “Civil Procedure Rules” and in theory of “proportionate justice” that has been adopted. On the other hand, Bentham’s conceptions and proportionality

Artigo recebido em 03 de março de 2017

1 O presente artigo foi publicado anteriormente na Revista di Diritto Processuale, ano LXXI, n. 6, Milão, Wolters Kluwer, nov./dez. 2016. p. 1459-1487.

2 Andrea Panzarola é Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade LUM (Libera Università Mediterranea) de Bari. Professor de Direito Processual Civil e Direito da Arbitragem na Universidade Luiss-Guido Carli em Roma. Advogado junto à Corte de Cassação italiana.

principle's use in a utilitarian perspective create delicate problems and may be a barrier to a full judicial relief for individual rights.

KEYWORDS: Utilitarianism. Jeremy Bentham. Proportionality principle. Civil procedure.

1. L'INFLUSSO DI JEREMY BENTHAM NELLA CULTURA GIURIDICA CONTEMPORANEA

Nella introduzione di un suo noto libro del 1876³ James Fitzjames Stephen scrisse che le opere di Jeremy Bentham erano oramai «proiettili esplosi» («*exploded shells*»), «sepolti sotto le rovine» che essi stessi avevano causato. Con questa metafora il giurista vittoriano intendeva registrare il declino della influenza benthamiana nel mondo giuridico inglese ad iniziare dalla seconda metà del XIX secolo, dopo che per molti anni le riforme legislative più importanti⁴, nei campi più disparati, si erano innestate proprio sulle lezioni impartite *ex cathedra* da Bentham ed attuate – con sobrio pragmatismo – da uomini di stato ed esperti di legge nutriti di vivo senso pratico⁵. Non è un caso che, per contrassegnare l'egemonia culturale che quegli esercitò in quel torno di tempo – prima e dopo il 1832, anno della sua morte – si è parlato di una «età del benthamismo» («*the period of Benthamism*»).

Mentre descrive l'inizio del crepuscolo del benthamismo, la tesi di J.F. Stephen potrebbe far pensare che si sia trattato dell'avvio di un fenomeno presto fattosi definitivo ed irreversibile. Chi consideri però la situazione odierna vi può rintracciare elementi per rivisitare quella tesi, se non proprio per capovolgerla. Le proposte di Bentham paiono ancora attuali e, ad ogni modo, sembrano ripresentarsi sotto forme mutate. Ciò vale, in generale, per la influenza del suo pensiero nella cultura giuridica contemporanea⁶. Va da sé che, come sempre accade dinanzi ad individui eccezionali, anche per Jeremy Bentham è difficilissimo, se non

³ J.F. Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, 4^a ed., London 1881, vol. XXI.

⁴ J.F. Dillon, *Bentham's Influence in the Reforms of the Nineteenth Century*, in Aa.Vv., *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I, Boston 1907, 491 ss.

⁵ Che mancava invece a Bentham: secondo Stephen egli era «il più non-pratico («*unpractical*») dei filosofi che si siano occupati di cose pratiche»: N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, 2^a ed., Torino 1979, rist. Torino 1996, 88.

⁶ Cfr. W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge 2000, spec. 102 ss.; P. Schofield, *The Legal and Political Legacy of Jeremy Bentham*, in *Annual Review of Law and Social Science* 2013, 51 ss.

impossibile, registrare le conseguenze della sua dottrina per tutto il raggio delle loro implicazioni. Fu infatti uomo proteiforme, di convinzioni veementi, di straordinaria forza di volontà e prodigiosa fertilità di ingegno e insieme scrittore prolificissimo, ostentatamente razionalista, eppur pervaso da un decadente gusto per l'incompiuto⁷. Presto stizzosamente distaccatosi dalla pratica forense⁸ per votarsi soltanto agli studi, nel corso di un'esistenza tanto agiata quanto longeva ed inquieta, il poliedrico Bentham applicò le sue idee e i suoi principi a svariati settori della conoscenza: dalla teoria politica alla storia delle idee, dalla economia alla religione, dal colonialismo alla usura, ecc. Secondo il filosofo londinese non vi è infatti area della azione umana che non possa essere afferrata da quel «principio di utilità»⁹ che costituisce la chiave di accesso all'insieme della sua opera¹⁰ e che viene additato nella «maggiore felicità del maggior numero di individui»¹¹.

Nel dominio (per lui centrale) del diritto, poi, il filosofo di *Queen Square Place*¹² – nello stesso momento in cui ne patrocinava una versione imperativistica e statualistica – fu proclive a dissezionare in maniera analitica le norme sostanziali da quelle processuali e a sceverare le norme costituzionali dalle penali e civili. Le sue elaborazioni sono pertanto riferibili a numerose branche del diritto¹³, che la progressiva specializzazione degli studi negli ultimi decenni ha sempre più isolato. La concezione che Bentham ebbe della sovranità statale e la sua idea positivistica¹⁴ del diritto¹⁵, l'analogia che istituì tra ragionamento giuridico e

⁷ Scrivendo e riscrivendo le sue opere, Bentham spesso non riusciva però a concluderle. Per sua fortuna, i manoscritti di Bentham furono completati e presentati in una forma più semplice dai suoi discepoli: E. Dumont (sul quale v. *infra*, note 47 e 62) e J.S. Mill.

⁸ «*In disgust*» scrive W. Twining, *op. cit.*, 91. Nel dettaglio v. M. P. Mack, *Jeremy Bentham: An Odyssey of Ideas 1748-1792*, New York 1963, 134.

⁹ «*By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever, and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government*»: J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), New York 2007, 2.

¹⁰ P. Singer, «*Ethics*», in *Encyclopædia Britannica*, Chicago 1985, 627 ss.

¹¹ Cfr. la prefazione di *A Fragment on Government*, 1776.

¹² Nel quartiere londinese di Westminster (oggi *Queen Anne's Gate*).

¹³ V. *retro* nota 4.

¹⁴ Quello di Bentham fu un «volontaristico» «imperativismo» «statualistico» (che fa da sfondo alla sua *jurisprudence*). Ciascuno dei tre termini merita un indugio. L'imperativismo del filosofo inglese è del tipo «ingenuo» descritto da N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., 200-201, 234, 86 ss. (diversa è però la posizione di P. Chiassoni, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino 2016, 112). Contro il creazionismo giuridico di Bentham v. M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Riv. intern. fil. dir.* 2014, 557 ss. La crisi dello stato, infine, corrode il paradigma «statualistico».

¹⁵ Sugli aspetti empiristici e positivistici del benthamismo v. A. Giuliani, *Dal positivismo «benthamiano» al realismo giuridico*, in Aa.Vv., *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano 1958, 117 ss.

deduzione matematica¹⁶, le sue vedute sul ruolo della autorità legislativa nell'ordinamento, le sue convinzioni circa la riforma del sistema giudiziario e del diritto probatorio, le sue aspirazioni per la codificazione e il suo anelito per la riforma del diritto penale e penitenziario¹⁷, costituiscono altrettanti settori sui quali si coagula oggi il crescente interesse degli studiosi – quando non addirittura del legislatore e dei suoi consiglieri – per il giurista e filosofo londinese.

Ad alimentare questa fioritura di studi vi è anche la straordinaria impresa editoriale avviata sin dal 1968 e volta alla pubblicazione dell'opera integrale del giurista inglese («*The Collected Works of Jeremy Bentham*»)¹⁸, compresi quei lavori – altrettanto numerosi che rilevanti – mai apparsi in stampa. Parecchi manoscritti, già inabissati nelle stanze delle biblioteche e tuttavia ricolmi di «tesori», hanno guadagnato improvvisa diffusione presso gli studiosi, che ne hanno ridestato un potenziale propulsivo che rischiava di andare irrevocabilmente perduto. Orientano ad una riscoperta delle opere di Bentham pure le iniziative francesi del «*Centre Bentham*» istituito a Parigi nel 2003¹⁹ e quelle del «*Bentham Project*»²⁰ dell'UCL, *University College* di Londra²¹, nonché la pubblicazione biennale della *Revue d'études benthamiennes*²² e il *Journal of Bentham Studies*²³.

¹⁶ «*It is illuminating to consider Bentham's flirtation with mathematics*»: W. Twining, *Theories of Evidence. Bentham & Wigmore*, London 1985, 57.

¹⁷ Nel *Panopticon* Bentham, nel delineare un carcere modello, propose un piano sistematico per la costruzione e amministrazione delle prigioni. La notorietà dello scritto è oggi legata allo studio di M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 1976, 213 ss. L'interpretazione foucaultiana del *Panopticon* corrobora l'idea del carattere illiberale e autoritario dell'utilitarismo benthamiano. Cfr., in ultimo, su questi temi, Aa.Vv., *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, a cura di A. Brunon-Ernst, Farnham 2012.

¹⁸ I volumi progettati sono settanta. Sono note le critiche di incompletezza rivolte alla edizione in undici volumi curata (fra il 1838 e il 1843) da John Bowring (*The Works of Jeremy Bentham, Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring*, XI vol., Edinburgh: William Tait). Abbiamo già accennato alle *Ceuvres de Jérémie Bentham*, in tre volumi, edizione curata (1829-1830) da E. Dumont, Bruxelles, Hauman.

¹⁹ I membri del centro sono studiosi francesi dell'opera di Bentham (<http://www.centrebentham.fr/membres/>).

²⁰ In <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project>.

²¹ Si tende a credere che Bentham (già ottantenne) sia stato uno dei fondatori (nel 1828) dell'*University of London* (da cui discende l'attuale *University College of London/UCL*). Tale convinzione è ingenerata anche da un celebre dipinto murale all'interno della biblioteca principale dell'UCL. In verità Bentham non ebbe alcun ruolo concreto nella istituzione della Università. Si può considerare però un «padre spirituale»: v. in http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/who/bentham_ucl. L'*auto-icon* del filosofo è contenuta nel *South Cloister* dell'UCL.

²² In <http://etudes-benthamiennes.revues.org/>.

²³ In <http://ojs.lib.ucl.ac.uk/index.php/jbs>.

2. IL PIANO DEL PROCESSO

Nella cornice descritta vogliamo segnalare l'influsso che le teorie del possente filosofo e giurista²⁴ londinese sembrano possedere oggi sul piano del diritto processuale civile. Perché Bentham, questo audace «Newton della legislazione»²⁵, dispiegò le sue energie per rinnovare il sistema giudiziario inglese e adattare il processo – sotto gli ingombranti vessilli della semplificazione e della flessibilità – alle esigenze di una mutata realtà storica di trionfante capitalismo industriale. Da questo punto di vista le sue tesi hanno una specifica origine concreta²⁶. Può perciò sembrare quanto meno strano che, in condizioni egualmente eccezionali ma profondamente diverse quali sono le attuali, si tornino a considerare le vedute sulla giustizia di un uomo nato nel 1748. Visto che ciò accade, vuol dire che il contesto sociale e storico che ha sollecitato la elaborazione ed enunciazione delle sue tesi è giudicato meno importante della loro intrinseca validità. O, in altri termini, che si intravede la possibilità, che le sue analisi offrono, di spiegare situazioni che Bentham stesso non aveva prefigurato quali oggetto di studio e di «censura»²⁷.

Il momento (di intensa fascinazione benthamiana e utilitaristica) appare propizio e la via tracciata da studi fondamentali. I contributi di Gerald J. Postema, raccolti in volume nel 1986²⁸ offrono la descrizione del processo civile vagheggiato da Bentham, contraddistinto dall'allargamento dei poteri del giudice chiamato ad operare sulla scorta di vaghe direttive e in attuazione dei principi utilitaristici. Poi il campo della concezione della «*law of evidence*» in

²⁴ Usiamo indifferentemente i due termini. Secondo W. Twining, *Globalisation*, cit., 93, 105, nota 8, Bentham fu soprattutto un giurista.

²⁵ N. Bobbio, *op. cit.*, 86; A. Giuliani, *Dal positivismo*, cit., 133. Bentham orgogliosamente si definiva il «*Luther of jurisprudence*».

²⁶ «*He was, after all, a person of his time*»: W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, cit., 66. Bentham nacque nel 1748 nella Londra di Hogarth, morì nel 1832 nella Londra di Robert Peel: in questi 84 anni, come cambiò profondamente la città (M.P. Mack, *op. cit.*, 14), così mutò la realtà generale.

²⁷ La *jurisprudence* del filosofo inglese si compone di due parti, una *expository* ed un'altra *censorial*, la prima consistente nella descrizione del diritto com'è, la seconda di come dovrebbe essere: cfr., in sintesi, W. Twining, *op. cit.*, 16 ss.; nonché P. Chiassoni, *op. cit.*, 10 ss.

²⁸ *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986, spec. 339 ss., 408 ss. La passione di Bentham per la codificazione (oltre che il suo rifiuto della idea di indipendenza del potere giudiziario) hanno indotto talvolta ad attribuire al filosofo londinese «*a strictly mechanical theory of adjudication*» (*ivi*, 404). Le ricerche più recenti di cui diamo conto in queste pagine (ad iniziare da quella di Postema: *ivi*, 422 ss., 441) vanno in una direzione opposta. Sulla ricostruzione di Postema della teoria benthamiana «*of adjudication*» v., però, il dubbio che avanza W. Twining, *Globalisation*, cit., 113, nota 9 (in fine). Segnaliamo anche le riserve di F. Schauer, *Le regole del gioco* (1991), trad. it., Bologna 2000 spec. 165, nota 29 e di J. Dinwiddy, in *Bentham. Selected Writings of John Dinwiddy*, a cura di W. Twining, Stanford 2004, 155 ss.

Bentham è stato ripetutamente arato negli scritti di William Twining, che ha fra l'altro avuto il merito di instradare i lettori nei «labirinti» del *Rationale of Judicial Evidence*²⁹, mastodontica opera di Bentham di circa 3.500 pagine, apparsa in cinque volumi nel 1827 grazie alle cure del giovane John Stuart Mill. Anche la dottrina italiana ha offerto contributi cospicui³⁰, da quelli di Alessandro Giuliani³¹ sulla prova, sino al più recente dedicato da uno studioso italiano³² al «giudice utilitarista», che, pur presentandosi quale contrappunto critico alla interpretazione di Postema³³, ne sposa il nucleo essenziale, premurandosi tuttavia di negare che le caratteristiche del diritto processuale benthamiano – che conferisce al giudice³⁴ un ruolo di «decisore utilitarista» che gode di amplissima libertà di azione – possano essere trasferite, come pensa lo studioso statunitense³⁵, anche al codice di diritto sostanziale, che invece vincolerebbe il giudice a perseguire la massima utilità solo indirettamente, «in quanto tale diritto esprime la volontà del legislatore, che dev'essere applicata e non disattesa»³⁶.

Per di più le concezioni della procedura e della prova di Bentham – cui egli stesso annette «*great constitutional significance*»³⁷ – possono funzionare da cartina di tornasole anche per affrontare il quesito risalente della sua collocazione ideologica. Un quesito, questo, probabilmente insolubile o comunque dipendente dal lato della sua attività che volta per volta viene inquadrato e dall'epoca considerata, se anteriore o successiva alla sua «conversione» al radicalismo politico negli anni a cavallo fra il 1808-1809³⁸ e alla sua ulteriore transizione –

²⁹ In particolare in *Theories of Evidence. Bentham & Wigmore*, cit.

³⁰ Da anni, come tutti sanno, richiamano l'attenzione sul giurista londinese B. Cavallone (la cui posizione è radicalmente antitetica alle tesi benthamiane) e M. Taruffo (in consonanza con la prospettiva benthamiana ed epistemologica: v., da ultimo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 98, 116, 144).

³¹ A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, rist. 1971, 232, nota 1, 237 ss.; Id., voce *Prova (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, 518 ss., spec. 575-577.

³² F. Ferraro, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero giuridico di Jeremy Bentham*, Pisa 2011, spec. 157 ss.

³³ Che sembra condivisa anche da W. Twining, *Theories*, cit., 73, ad avviso del quale Bentham era «*an anti-nomian in respect of substantive as well adjective law*».

³⁴ Bentham, come si sa, rifiutava il sistema basato sulla giuria: M.P. Mack, *op. cit.*, 420 ss. Risaputa è pure la sua ostilità verso il *common law* quale diritto di produzione giudiziale: D. Fredda, «*Una dispotica creazione. Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*», Torino 2012, spec. 79 ss.

³⁵ G.J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, cit.

³⁶ F. Ferraro, *op. cit.*, 26, 51 ss., 157, 247.

³⁷ W. Twining, *op. cit.*, 25. Nella medesima direzione v. F. Ferraro, *Il giudice utilitarista*, cit., 239, 249 ss., 251; nonché, già prima, G.J. Postema, *op. cit.*, 341, 358 ss. Il filosofo inglese, mentre esonerava il giudice dalla osservanza di norme processuali rigide, riteneva che le uniche garanzie per le parti dovessero rinvenirsi nei vincoli esterni gravanti sul magistrato e soprattutto nella disciplina della sua responsabilità dinanzi al c.d. «Tribunale della Opinione Pubblica» (sulla importanza del *Public Opinion Tribunal* e, più in generale, a proposito della idea della «pubblicità» – nel senso ampio di trasparenza, responsabilità e libertà di informazione – come anima della giustizia v. G.J. Postema, *op. cit.*, 364 ss.; F. Ferraro, *op. loc. cit.*; W. Twining, *Globalistion*, cit., 99).

³⁸ Pure da questo angolo visuale le opere benthamiane in tema di processo e prova hanno un significato generale.

poco più di dieci anni dopo – alla ideologia repubblicana. Il fatto è, d'altronde, che l'eclettismo del filosofo londinese, mentre si riallaccia alla ricchezza e varietà della sua azione³⁹, è foriero di numerose ambiguità e insieme spiega la messe di interpretazioni spesso contraddittorie che ha generato. La sua opera divide gli animi⁴⁰, non da ora. Contro la tesi che tendeva a ravvisare un carattere liberale⁴¹ nell'impresa intellettuale benthamiana si levò notoriamente, nel 1901, un profondo conoscitore della cultura inglese e del radicalismo filosofico anglosassone, il poco più che trentenne Élie Halévy⁴², il quale volle dimostrare che Bentham «*passé seulement d'un autoritarisme monarchique à un autoritarisme démocratique*»⁴³, che raggiunge l'acme proprio nel settore del processo e della disciplina della prova. Nel sintetizzare la portata della prestazione benthamiana, lo storico e filosofo francese vi indovina una tara congenita e schizza con parole durissime il modello di giudice e lo schema di giudizio tratteggiati dal filosofo londinese: «*le juge, tel que le conçoit la doctrine de Bentham, est une sorte de monarque isolé dans son tribunal, qui rend ses sentences sans formes légales, et sans autre contrôle vraiment efficace, pour prévenir ses abus de pouvoir éventuels, que le contrôle purement moral qu'exerce sur lui l'opinion publique*»⁴⁴.

Per stabilire se questa valutazione, che suona come un pesante atto di accusa contro il filosofo londinese, accostato addirittura a Robert Filmer⁴⁵, sia accurata e possa pertanto essere seguita ancora oggi, conviene porsi anzitutto alcune domande.

3. LA CONCEZIONE DELLA PROVA

Alla base degli studi di P. Schofield vi è la tesi centrale (sunteggiata in *The Legal and Political Legacy*, cit., 63-64) secondo cui la conversione di Bentham al radicalismo politico è dipesa dalla sistematica elaborazione della nozione di «*sinister interests*».

³⁹ «*There may be several Benthams*»: W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, cit., 21; P. Schofield, *Bentham. A Guide for the Perplexed*, London-New York 2009., cit., 19 ss. (il capitolo secondo del volume è significativamente intitolato: «*Which Bentham?*»).

⁴⁰ Cfr. il quadro di P. Schofield, *The Legal and Political Legacy*, cit., 55.

⁴¹ La tesi è ribadita da L. Ferrajoli, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli 2015, 19. *Contra* N. Bobbio, *op. cit.*, 90.

⁴² Il lavoro di É. Halévy rappresenta ancora oggi un punto di partenza indispensabile. Alcune delle sue conclusioni sono state però oggetto di revisione critica (anche profonda) nel prosieguo: cfr., ad es., J.-P. Cléro, *Bentham. Philosophe de l'utilité*, Paris 2006, 23, nota 2, 50, 65, 97; G.J. Postema, *op. cit.*, 339-340, 349-350, 361, 404.

⁴³ É. Halévy, *La Formation du radicalisme philosophique (1901-1904)*, t. III, *Le radicalisme philosophique*, Paris 1904, rist. Paris 1995, 80: «*Bentham n'a jamais été un libéral; constamment impatient de réformes philanthropiques il passe seulement d'un autoritarisme monarchique à un autoritarisme démocratique, sans s'arrêter à cette position intermédiaire, qui est celle du libéralisme anglo-saxon*».

⁴⁴ É. Halévy, *op. cit.*, 114.

⁴⁵ É. Halévy, *op. loc. cit.*: «*le radicalisme de Bentham se trouve aboutir, en matière de procédure et d'organisation judiciaires, à une restauration du système patriarcal préconisé par Sir Robert Filmer, apologiste de la monarchie absolue*».

Quali sono i «proiettili inesplosi»⁴⁶ che investono il piano del processo e che Bentham ci ha lasciato in eredità? Quali le soluzioni processuali strettamente solidali con la dottrina utilitaristica benthamiana?

Per poter rispondere occorre allargare il quadro dei riferimenti. A suo tempo, nell'Europa continentale⁴⁷ il richiamo a Bentham è servito per far suonare le campane a morto della eredità del tardo processo romano-canonico. In effetti, l'attacco radicale del filosofo londinese contro i principi classici della prova – con il sovvertimento delle basi su cui essi si innestavano e la contemporanea emersione di un concetto moderno di prova⁴⁸ – è stato sferrato su più fronti: dal trattamento della regola sull'onere della prova al contraddittorio, ecc.⁴⁹ Il che tuttavia non esclude che sia possibile individuare uno o alcuni temi centrali che azionano – esplicitamente o per implicito – tutti gli altri, mettendo in moto la costruzione di una complessiva teoria della prova che applica in modo chiaro e *diretto* il principio di utilità. Il giurista londinese, da una parte, riteneva che il metodo per l'accertamento dei fatti individuali fosse induttivo come quello con il quale si fissano delle verità generali e pertanto dovesse replicare il procedimento probatorio in uso – da Bacone⁵⁰ in avanti – nella filosofia induttiva dello spirito umano⁵¹ e nella scienza sperimentale⁵². Dall'altra parte, egli era persuaso che fosse possibile identificare un criterio oggettivo e quantitativo per la valutazione della prova⁵³. Ne discendono le due peculiari caratteristiche della proposta benthamiana dal lato, rispettivamente, della ammissibilità dei mezzi di prova e della loro valutazione. Nella prima direzione si colloca

⁴⁶ Per riprendere la metafora di Stephen (citata *retro* nel § 1) volgendola nel suo opposto.

⁴⁷ Dove le opere di Bentham conobbero grande diffusione anche grazie alla loro pubblicazione in francese per opera di Dumont (C. Blamires, *The French Revolution and the Creation of Benthamism*, Basingstoke-New York 2008, 1 ss.).

⁴⁸ Cfr., se vuoi, sui concetti di prova il nostro *Il notorio, la judicial notice e i «concetti» di prova*, in questa *Rivista* 2016, 610 ss., spec. 629 ss.

⁴⁹ Il filosofo inglese disconosce l'utilità del principio dell'onere della prova che il giudice potrà imporre (secondo una discrezionalità che facilmente può sconfinare in arbitrio). Secondo W. Twining, *Theories*, cit., 45 lo studio dell'onere della prova condotto dal filosofo londinese «*is one of the weakest parts of his theory of evidence*». In argomento v. anche C. Besso, *La vicinanza della prova*, in questa *Rivista* 2015, 1383 ss., spec. 1384-1385, 1398.

⁵⁰ Nei confronti del quale Bentham nutriva un'ammirazione profonda: M.P. Mack, *op. cit.*, 13, 129 ss.

⁵¹ Sull'empirismo lockiano v. W. Twining, *op. cit.*, 52.

⁵² In Bentham vi è insomma l'idea che la prova giuridica «*turns on the same principles as evidence in all fields of human activity*» (W. Twining, *op. cit.*, 51). Quali modelli di metodo razionale il filosofo londinese indica (anche sulla base della sua esperienza personale: M.P. Mack, *op. cit.*, 96 ss.) quelli usati nella storia naturale o nella botanica: si spiega così il richiamo a Linneo (G.J. Postema, *op. cit.*, 433).

⁵³ Sul termometro della persuasione v. *infra* § 6.

la frontale contrapposizione alle regole di esclusione (di intere classi di prove: «*exclusionary rules*»)⁵⁴; nella seconda la idea di un «termometro della persuasione»⁵⁵.

Al fondo del punto di vista benthamiano ribolle l'avversione del giurista londinese per i «sinistri interessi» di giudici ed avvocati⁵⁶, arroccati allo *status quo* e nella difesa di forme processuali tradizionali per bieche ragioni di profitto personale⁵⁷, a detrimento dell'utile collettivo. I bersagli di Bentham sono insieme corporativi e tecnici: egli si batte, da un lato, «*contre les intérêts séducteurs*» che spingono per la conservazione dell'esistente, e, dall'altro lato, contro le regole sbagliate che pregiudicano i fini del processo civile. Ed è su questo secondo piano che si delinea l'interrogativo di fondo che anima la riflessione dello studioso britannico: «*Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure?*»⁵⁸.

Le concezioni di Bentham sono distribuite, al solito, in vari scritti, dall'opuscolo sulla riforma scozzese del 1808⁵⁹, passando per l'*Introductory View of the Rationale of Evidence* apparso per opera di James Mill⁶⁰, per arrivare ai due tomi del *Traité des preuves judiciaires* pubblicati da Dumont nel 1823⁶¹ e, soprattutto, ai cinque volumi (editi nel 1827 grazie a John Stuart Mill) del *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice*. L'importanza speciale di quest'ultima opera⁶² – assai più ampia del *Traité* ma più complessa e

⁵⁴ Bentham si riferiva alle regole di inammissibilità presenti nel sistema inglese del tempo (*magna pars* del deprecato «sistema tecnico di procedura»).

⁵⁵ B. Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 396 ss., nota 137. Anche M. Taruffo (*La semplice verità*, cit., 220) osserva – in generale – che è priva di fondamento la tendenza di assegnare valori numerici ai gradi di conferma che le prove attribuiscono agli enunciati fattuali. V. *infra* § 6.

⁵⁶ «*The sinister interests of the legal profession (lawyers) and the judiciary (Judge and Co.)*»: W. Twining, *Theories*, cit., 28.

⁵⁷ Per quanto in forma più tenue (W. Twining, *op. cit.*, 101), la critica contro avvocati e giudici era stata già prospettata da Bentham nel *Trattato sulle prove*: v. nota seguente.

⁵⁸ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, tt. I-II. Abbiamo sotto gli occhi la ristampa inalterata – *Elibron Classics* 2007 – della edizione *Bossange Frères*, Paris del 1823. Nel tome I, 4, il filosofo londinese delinea gli obiettivi della procedura (che egli reputa nient'altro che «*l'art d'administrer les preuves*»: *ivi*, 3). Ora, se è vero che il principale fine («*le but direct*») è additato nella conformità delle decisioni alla *loi* (in tal conformità egli rinviene la «*droiture dans les décisions*»), nondimeno quali obiettivi collaterali sono considerati la «*célérité*», la «*économie*» e la «*exemption d'entraves superflues*» (sui quali v. spec. 7). Il legislatore, però, per correggere i difetti delle leggi processuali, incontra un ostacolo potentissimo nel ceto dei giuristi («*car il a plus à lutter contre les intérêts séducteurs dans cette carrière que dans aucune autre*»: *ivi*, 7). D'altronde, per quanto ne voglia ampliare i poteri, il filosofo londinese dichiara che non intende rendere il giudice onnipotente, abolendo tutte le forme processuali, per non avere altra regola che la sua volontà (*ivi*, 6), lasciandolo «*aux fantômes de son imagination*» (*ivi*, 5).

⁵⁹ In *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. V, 1 ss.

⁶⁰ In *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. VI, 1 ss.

⁶¹ J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, cit. L'opera è legata al nome di Etienne Dumont (1759-1829: editore e traduttore ginevrino di Bentham), sul quale v. J.P. Selth, *Firm Heart and Capacious Mind: the Life and Friends of Etienne Dumont*, Lanham 1997.

⁶² Per la verità l'infaticabile Bentham rimodulò («*sans grand profit*», nota però É. Halévy, *op. cit.*, 81) le sue vedute nei *Principles of Judicial Procedure*, scritti fra il 1824 e il 1828, e pubblicati solo nel 1839, sette anni dopo

di difficile lettura – è stata anche di recente rimarcata da Philip Schofield, ad avviso del quale, però, lo studio del *Rationale* sarebbe stato sinora «*sadly neglected*» dagli scrittori⁶³. Con l'eccezione – verrebbe da aggiungere – dei fondamentali contributi di William Twining, sin da quello del 1985 che presenta insieme le opere del filosofo londinese e di Wigmore.

In particolare, nel *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham formula una teoria prescrittiva della prova che ruota attorno alla affermazione del «*principle of non-exclusion*». Essa è direttamente rivolta al legislatore e, per il suo tramite, in via mediata, al giudice che operi all'interno del «*Natural System of Procedure*»⁶⁴, che viene posto in antitesi al deprecato «*Technical System*», il quale, se rinvia alla procedura inglese del tempo, non vi si sovrappone completamente⁶⁵. Al legislatore sono fornite indicazioni per assicurare la genuinità della prova, al giudice somministrate linee direttive per valutare il «peso» della testimonianza. Su tutto campeggia l'idea secondo cui «*evidence is the basis of justice: exclude evidence you exclude justice*»⁶⁶ e, più ampiamente, il convincimento che il fine della procedura è la correttezza della decisione, vale a dire la giusta applicazione della legge sostanziale a fatti «veri»⁶⁷. I fatti possono acquistare tale qualità alla condizione che – in ossequio alla direttiva della non-esclusione – tutte le prove siano ammesse salvo che si tratti di prove irrilevanti, superflue o se la loro acquisizione comporti «*preponderant vexation, expense or delay in the individual case, judged by the standard of utility*»⁶⁸.

Contro le lezioni della esperienza umana e della tradizione storica, e con il solo ausilio del principio di utilità, Bentham profila insomma una teoria della prova nel senso della metodologia della ricerca scientifica⁶⁹, che ne recepisce i presupposti⁷⁰ e condivide gli

la sua morte.

⁶³ Diremo *infra* (in questo paragrafo) dello scritto di Jean-Pierre Cléro.

⁶⁴ E cioè un sistema caratterizzato «*by the absence of the artificial rules and technical devices of the Technical System of Procedure*»: W. Twining, *op. cit.*, 28.

⁶⁵ W. Twining, *op. cit.*, 51, sottolinea che Bentham intendeva comunque conservare alcuni peculiari istituti della procedura probatoria inglese (ad es., la oralità, la *cross-examination*, ecc.). V. pure F. Ferrari, *La «prova migliore». Una ricerca di diritto comparato*, Milano 2004, 31 ss.

⁶⁶ Lo ricorda anche M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 144, 283 (che condivide l'idea di Bentham secondo la quale la correttezza delle decisioni in fatto è una finalità essenziale del processo), 98, 116, 144.

⁶⁷ W. Twining, *op. cit.*, 27 e 53.

⁶⁸ W. Twining, *op. cit.*, 68.

⁶⁹ Il che, secondo A. Giuliani, voce *Prova*, cit., 575, costituisce una violenza alla struttura del ragionamento giudiziale.

⁷⁰ «Questo processo di fisicizzazione del concetto di prova influisce anche sullo stesso fatto principale (*probandum*): quest'ultimo può essere «*probabilized*» oppure «*disprobabilized*» dall'*evidentiary fact*, e la ragione naturale ci può permettere di determinare numericamente il valore della probabilità» (A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 240; la citazione è ripresa nella sua interezza da F. Ferrari, *La «prova migliore*», cit., 40: non vi è però menzionato Giuliani).

obiettivi⁷¹. Una volta omologato il trattamento delle prove giudiziarie a quello delle prove empiriche delle scienze naturali, cade ogni giustificazione per l'esclusione *a priori* di classi di prove e prende forma la nuova dottrina benthamiana: «*The rule will be, – Let in the light of evidence*⁷² [...] *The end it leads to, is the direct end of justice, rectitude of decision*»⁷³. Se ne potrebbe dedurre – e Twining ne ha dedotto⁷⁴ – che Bentham persegue la verità nel processo sopra (e contro) ogni altro valore o garanzia. Conducono a tale risultato l'eliminazione delle «*rules of exclusion*» – insieme alla idea che prove dubbie e poco credibili siano sempre meglio di nessuna prova – e l'assenza di regole formali che guidino l'attività del giudice, i cui abusi, sempre possibili, possono essere evitati *non* all'interno del processo (con le «*rules of exclusion*» o con puntuali precetti) ma con altri sistemi (primo fra tutti il controllo opinione pubblica)⁷⁵. È del tutto naturale che questa interpretazione fondi la conclusione secondo cui «*to this day Bentham's theory represents the most fully developed and unequivocal form of a 'truth theory' of adjudication*»⁷⁶.

Si è creduto recentemente di ridiscutere questa conclusione (che cioè la ricerca della verità rappresenti il punto archimedeo della riflessione di Bentham), spostando l'analisi dal piano dell'acquisizione della prova a quello della sua valutazione. Lo ha fatto uno studioso francese (Jean-Pierre Cléro) più volte intrattenutosi sulla relazione tra la ricerca della verità e la concezione utilitaristica benthamiana⁷⁷. Per la precisione Cléro ha perorato la tesi secondo cui le istruzioni di Bentham ai giudici – nel campo del processo penale⁷⁸ –, contenute nel

⁷¹ Perseguiti tramite una concezione del probabile, inteso come frequenza: A. Giuliani, *Il concetto*, cit., 242.

⁷² E prosegue: «*The exception will be, – Except where the letting in of such light is attended with preponderant collateral inconvenience, in the shape of vexation, expense and delay*»: in J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, IV, 481 (abbiamo sotto gli occhi la ristampa della edizione londinese di «*Hunt and Clark*» del 1827).

⁷³ Sulla contrapposizione fra «*the ends of judicature*» e «*the ends of justice*» v. J. Bentham, *Rationale*, cit., vol. IV, 13 ss., 63 ss., 98 ss.

⁷⁴ W. Twining, *op. cit.*, 108.

⁷⁵ Sul controllo del *Public Opinion Tribunal v. retro* in nota 35. Come detto, Bentham era particolarmente critico nei confronti del principio della indipendenza del potere giudiziario: v. G.J. Postema, *op. cit.*, 363 ss.

⁷⁶ W. Twining, *op. cit.*, 89. Secondo M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 144, Bentham ha anticipato «il principio epistemico di completezza delle conoscenze». La recente polemica in tema di *veriphobia* si incentra su questo aspetto relativo alla disciplina giuridica (dei limiti di ammissibilità) della prova (se debba essere o meno essere progressivamente ridotta).

⁷⁷ J.-P. Cléro, *Bentham. Philosophe de l'utilité*, cit., 37 ss.

⁷⁸ Leggendo il saggio si ricava l'impressione che le conclusioni siano però generali (ed investano il *Rationale* nel suo complesso): J.-P. Cléro, *Penal theory without the panopticon* in Aa.Vv., *Beyond Foucault: New Perspectives on Bentham's Panopticon*, cit., 79 ss. Il lavoro di Cléro segue due strade. Da un lato, intende dimostrare l'errore commesso da Foucault (v. *retro* nota 15) nell'ignorare il *Rationale* per concentrarsi solo sul *Panopticon*. Dall'altro, vuole segnalare le contiguità e soprattutto le differenze fra le concezioni di Bentham e Beccaria (che il filosofo inglese stimava, considerandolo uno dei maggiori teorici dell'utilitarismo).

Rationale, non mirerebbero affatto al raggiungimento della verità, ma servirebbero loro piuttosto per valutare la «*probative force of arguments*».

Questo tentativo lascia però dubbiosi⁷⁹, anche perché la tesi di Twining (e di molti altri con lui) merita di essere analizzata a partire dallo stesso piano che egli ha prescelto, vale a dire quello della acquisizione della prova. E, nel farlo, occorre assegnare il giusto peso ai limiti frapposti da Bentham alla ricostruzione dei fatti dalla decisione di non *acquire* prove pure rilevanti per ragioni utilitaristiche. Conviene perciò intendersi sulla portata assegnata da Bentham al principio di utilità, che lo induce – come detto – a limitare in certi casi l’operatività del criterio inclusivo di rilevanza. Segnatamente, per quanto una o più prove possano servire per la delucidazione dei fatti controversi, nondimeno il filosofo londinese esclude – come sappiamo – la loro acquisizione in giudizio se, per provvedervi, si produrrebbero nella singola vicenda individuale risultati antieconomici e cioè soverchianti spese, ritardi o complicazioni. La discrezionalità di cui gode il giudice può indurlo così a privilegiare – sulla scorta dell’onnipresente standard di utilità⁸⁰ – le ragioni attinenti alla efficienza del processo⁸¹ a scapito della ricerca della verità.

Il punto è cruciale e tocca, con la disciplina della prova, la fondazione stessa della procedura giudiziaria che, ad avviso di Bentham, ha due scopi: uno «*positive*» (o «*direct*») – consistente nella attuazione della legge sostanziale in base ad una conoscenza completa dei fatti –, un altro «*negative*» (o «*collateral*»), teso a minimizzare i disagi che comunque occorrono per assicurare quel primo obiettivo «*diretto*» e «*positivo*». I due scopi («*direct*» e «*collateral*» «*ends*») della procedura giudiziaria sono certo connessi ma, all’evidenza, in costante contrasto tra loro. Secondo il filosofo londinese vi è però sempre una via di uscita, che egli rinviene nell’impiego del principio di utilità⁸², che passa per una analisi costi-benefici rigorosamente quantitativa (il c.d. «*felicific calculus*»)⁸³. Come ne può derivare il rifiuto di acquisire una prova

⁷⁹ J.-P. Cléro, *op. cit.*, 105, assume che (nel *Rationale* di Bentham) «*probative force was not a construction meant to reveal the truth*». Cléro sostiene poi che il filosofo londinese, nel distinguere chiaramente tra «*veracity and truth*» (*ivi*, 106), giudicasse quest’ultima «*absolutely out of reach*» (*ivi*, 101). Più ampiamente, ad avviso dello studioso francese, la «*probabilità*» non era considerata da Bentham un indicatore della verità da rivelare nella sua interezza (*ivi*, 99).

⁸⁰ G.J. Postema, *op. cit.*, 348 ss.

⁸¹ È un problema del nostro tempo: cfr. Aa.Vv., *Truth and Efficiency in Civil Litigation. Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, a cura di C.H. Van Rhee e A. Uzelac, Cambridge 2012.

⁸² «*The conflict between these ends is resolvable by translating their claims into utilities and disutilities and maximizing the net utility*»: G.J. Postema, *op. cit.*, 346.

⁸³ Che Bentham (nei *Principles of Judicial Procedure*) incorpora nella sua teoria della giustizia: J. Sorabji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms. A Critical Analysis*, Cambridge 2014, 92-93. V. *infra* nel § 6.

pure rilevante, così ne può discendere il rifiuto del giudice di mandare ad effetto una legge sostanziale quante volte i benefici che ne conseguirebbero per il titolare del diritto siano stimati inferiori ai «costi»⁸⁴ totali della procedura giudiziaria: in tal caso il «prezzo» del processo – scrive Bentham anticipando attuali propensioni legislative e giurisprudenziali – «*ought not to be paid: the law ought rather remain unexecuted*»⁸⁵.

4. REGOLE E PRINCIPI NELL'ADJECTIVE LAW

Per il filosofo inglese, la disciplina delle prove – per quanto ragguardevole⁸⁶ – resta dunque una parte della più generale concezione utilitaristica del sistema processuale⁸⁷. Accade così che l'avversione nella sfera del diritto probatorio per le «regole di esclusione»⁸⁸ si congiunga in Bentham al complessivo rifiuto per le «regole» *tout court*, quali capisaldi della procedura giudiziaria (del «diritto accessorio»⁸⁹: *adjective law*). Per loro natura le regole imbrigliano l'attività del giudice, che viceversa Bentham vuole che sia disimpegnata con la massima libertà. Solo in tal modo il giudice sarebbe posto in condizione di prodigarsi per soddisfare direttamente le direttive del principio di utilità, bilanciando costi e benefici. La libertà del giudice potrebbe perciò essere assicurata a patto di sostituire – quale metro del suo procedere – alle regole i principi, che assurgono così a pietre angolari della *tela giudiziaria*. Da questi vaghi dettami generali il giudice può per di più deflettere tutte le volte in cui reputi che ciò sia coerente con la promozione dell'utile collettivo⁹⁰.

Per descrivere questa impostazione si è parlato di «*anti-nomianism*» benthamiano⁹¹. L'espressione ben si addice al complessivo rigetto, da parte del filosofo londinese, non soltanto delle «*exclusionary rules*», ma di tutte le «*technical rules of procedure*» e, più ampiamente, si

⁸⁴ Di «*transactional costs of the adjudicative procedure*» parla G.J. Postema, *op. loc. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Comprensibile è, pertanto, la attenzione che vi ha dedicato la dottrina italiana, in particolare in relazione alla proposta benthamiana di eliminazione delle *exclusionary rules*. Abbiamo già menzionato le diverse vedute di B. Cavallone e M. Taruffo.

⁸⁷ G.J. Postema, *op. cit.*, 348 discorre di «*straightforward application of his general utilitarian theory of procedure to the special case of evidence*».

⁸⁸ Ne discende un ragguardevole aumento della discrezionalità del giudice, riconosciuto dagli studiosi più autorevoli, da Halévy fino a Postema e Twining, ecc. V., però, M. Taruffo, *op. cit.*, 283, nota 65.

⁸⁹ Così denominato da Bentham in rapporto al diritto sostanziale, «*comme l'adjectif en grammaire existe en rapport avec le substantif*» (E. Halévy, *op. cit.*, 77).

⁹⁰ F. Ferraro, *Il giudice utilitarista*, cit., 148, 225.

⁹¹ W. Twining, *Theories*, cit., 66-67: «*the anti-nomian thesis is much wider than the 'non-exclusion' principle*». Bentham «*was concerned to destroy all technical rules of procedure, all rigid formalities, and all mandatory rules of evidence*».

confà al ripudio del carattere «formale» del diritto processuale ed insieme della sua puntuale funzione disciplinatrice dei comportamenti delle parti e del giudice, che è chiamato in ultima battuta ad ubbidire a nient'altro che al principio di utilità, calcolandone *more logico* implicazioni ed effetti⁹². Il fatto è che Bentham («*a consistent act-utilitarian*»)⁹³ investe le sue risorse intellettuali per creare un sistema nel quale tutte le decisioni – del giudice non meno che del legislatore – debbono essere direttamente governate dal principio di utilità.

Ciò che ne sortisce non è soltanto una critica tanto impietosa quanto per certi versi plausibile (basti pensare alla dickensiana «*wiglomeration*»)⁹⁴ della procedura inglese del suo tempo⁹⁵, ma probabilmente l'attacco più radicale⁹⁶ mai mosso alla dimensione formale e regolativa del processo nell'epoca moderna. Ne sono minacciati i valori che esso racchiude, quali presenti a chiunque ed enunciati in maniera esemplare in particolare da Montesquieu⁹⁷ (che Bentham però accusa...di ignorare la procedura!)⁹⁸. Il principio di utilità non è tanto il motore segreto del processo preconizzato da Bentham o la sua «sostanza» celata dietro le sue apparenze. È il processo stesso! La sua funzione ordinativa (sganciata da regole precise vincolanti rimpiazzate da direttive vaghissime) chiama in causa *direttamente*⁹⁹ (ed in modo determinante) il calcolo utilitaristico di costi e benefici del giudice «demiurgo» o, meglio, «*pater familias*»¹⁰⁰.

⁹² W. Twining, *op. cit.*, 71.

⁹³ W. Twining, *op. cit.*, 73. Secondo l'a., Bentham era «*a consistent act-utilitarian concerned to design a system in which all decisions by judges as well as legislators should be directly governed by the principle of utility*». Nel prosieguo il giudizio generale di W. Twining (*Gloablisation and legal theory*, cit., 95 e nota 11) appare però più sfumato, ma sostanzialmente conforme. Invece secondo J. Sorabji, *op. cit.*, 77, il giurista londinese aveva sviluppato «*a rule or indirect utilitarianism*». Alla base di tali distinzioni, vi è la contrapposizione novecentesca fra utilitarismo dell'atto e utilitarismo della regola: cfr. F. Ferraro, *op. cit.*, spec. 357 ss., 371 ss.

⁹⁴ Un cenno è in G.J. Postema, *op. cit.*, 344. Su «Casa desolata» («*Bleak House*», 1852-1853) di Dickens (e sulla causa *Jarndyce contro Jarndyce* protrattasi per 117 anni dinanzi alla *Chancery Court*) v. B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016, spec. 40 ss.

⁹⁵ M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 144; C. Consolo, *Passaggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, a cura di F. Godio, Torino 2015, 681.

⁹⁶ Si ricordi anche la critica serrata di Bentham contro «*the principle of nullification*», così come l'avversione per tutte le decisioni «*not grounded on the merits*» (G.J. Postema, *op. cit.*, 446, 346-347; W. Twining, *Theories*, cit., 80). Vi si riannoda anche la ostilità per le «finzioni legali» (che sono rispetto alla giustizia ciò che le truffe o raggiri sono per il commercio: *ivi*, 70). Sul tema v. (anche per ulteriori riferimenti) P. Chiassoni, *op. cit.*, 24, nota 51; F. Ferraro, *Il giudice utilitarista*, cit., 60 ss.

⁹⁷ Egli – nel sesto libro dello *Spirito delle leggi* (1748) – aveva sottolineato lo stretto rapporto che intercorre fra la osservanza rigorosa delle forme processuali e la assicurazione dei diritti e delle libertà individuali.

⁹⁸ Nel *Traité des preuves*, cit., 6, nota 1, Bentham invita a non tenere conto dello «Spirito delle leggi», perché il presidente Montesquieu (per sua stessa ammissione) «*n'entendait rien à la procédure française*». In altro scritto il filosofo inglese lamenta la debolezza teorica del francese, pur essendo quest'ultimo un gentiluomo e filosofo e, prima di tutto, un giurista (G.J. Postema, *op. cit.*, 345, nota 9).

⁹⁹ Ecco perché si discorre di «*direct-utilitarian theory of adjudication*»: G.J. Postema, *op. cit.*, 441.

¹⁰⁰ Su tale idea di giudice e sul modello domestico di giustizia v. *infra*.

Se nel modello benthamiano la «*Hegung*»¹⁰¹ del processo ha smesso di esistere o è in procinto di non essere più forza-frenante¹⁰², non dovrebbe meravigliare che la legge sostanziale¹⁰³ si innalzi a limite e misura delle relazioni che vi si dipanano, sradicando l'idea stessa di «*procedural rights*» autonomi e distinti dai diritti materiali. Degno di menzione è, in questo contesto, il rifiuto della dimensione agonistica del processo¹⁰⁴, che pure presuppone uno spazio delimitato e prelude ad un ordinato misurarsi delle forze dei contendenti secondo regole precise dinanzi ad un giudice imparziale e con poteri definiti. Una volta di più l'argomento utilitarista la fa da padrone e tutto quanto non vi si conforma (comprese le «*sporting analogies*») è oggetto di critica serrata, se non di scherno. Come altro definire l'aggressione violenta al «liberalismo sentimentale» ed alla sua pretesa di giustificare (con motivazioni differenti da quella «utilitaristica») il «*due process*» e i diritti processuali penali? Bentham¹⁰⁵ liquida gli argomenti soggiacenti a questi venerabili principi con inaudita asprezza. Li paragona ora ai lamenti di una «vecchia signora» (che si preoccupa più della durezza dell'intervento chirurgico del medico che di salvare il bambino malato), ora agli appelli alla «*fairness*» e al «*fair play*» di un cacciatore alla volpe che voglia organizzare il proprio divertimento: «*The old woman*¹⁰⁶ cries 'hard'; the fox-hunter¹⁰⁷ cries 'unfair'»¹⁰⁸!

In definitiva, la concezione del processo e della prova pare assumere in Bentham fosche tinte di autoritarismo democratico, come antivide nel 1901 Halévy e come hanno confermato gli studi successivi¹⁰⁹. Sembra innegabile che la sovraordinazione del principio di

¹⁰¹ Sulla delimitazione spaziale come connaturata alla esperienza del processo v. B. Cavallone, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in questa *Rivista* 2009, 861 ss., spec. 862; Id., *La borsa*, cit., 57. Sul luogo di giustizia come *temenos* o *hieros kuklos* v. già J. Huizinga, *Homo ludens*, trad. it. Torino 2002, 91. V. pure F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari 1981, 310. Con riferimento al diritto ebraico e al recinto del tempio, v. le notazioni di C. Cohn, *Processo e morte di Gesù. Un punto di vista ebraico*, a cura di G. Zagrebelsky, rist. Torino 2010, 57 e nota 45.

¹⁰² Eliminate le regole vincolanti, restano le direttive, che il giudice può comunque disapplicare se lo richiede il principio di utilità.

¹⁰³ «*All rights and duties are the creatures of substantive law; the sole function of adjective law is to provide for the efficient implementation of these rights and duties. There is no place for a doctrine of procedural rights in Bentham's theory*»: W. Twining, *op. cit.*, 72.

¹⁰⁴ Sulla quale v., se vuoi, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 23 ss., spec. 64 ss.

¹⁰⁵ W. Twining, *op. cit.*, 84-85, 70. Sono invece noti gli effetti positivi dell'utilitarismo nel campo del diritto penale sostanziale: L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Napoli 2016, 101 ss., spec. 103, 106.

¹⁰⁶ Cfr. *Rationale of Judicial Evidence*, cit., vol. V, 231 (citiamo ancora dalla rist. ed. londinese del 1827).

¹⁰⁷ V. *Rationale*, cit., vol. V, 238-239.

¹⁰⁸ W. Twining, *op. cit.*, 85.

¹⁰⁹ W. Twining, *op. cit.*, 82 (in rapporto al *Rationale*); G.J. Postema, *op. cit.*, 339 ss., spec. 340 (tra l'altro, secondo l'a., la proposta del filosofo inglese esibisce «*a distinctly populist motivation*»: *ivi*, 460).

utilità unita ai suoi temibili corollari – vale a dire l’annientamento dei diritti processuali¹¹⁰ delle parti e l’annichilimento del contraddittorio (giacché per Bentham «*sous le système naturel, l’allégation est déjà par elle-même une preuve*»¹¹¹) – dipingono il quadro sinistro di una procedura giudiziaria, certo semplice e flessibile¹¹², ma dalla quale sono bandite regole stringenti in nome della «*greatest happiness of the greatest number*». In questo scenario, che riecheggia risalenti modelli di «giustizia domestica»¹¹³, la discrezionalità del giudice non è più rinserrata nel *limes* del processo e delle sue regole ed è frenata solo dal controllo *esterno* del «Tribunale della Opinione Pubblica».

E tanto dovrebbe essere sufficiente per vigilare criticamente sull’interesse crescente per la dottrina utilitaristica (e per Bentham stesso) che sembra pervadere – chi potrebbe negarlo? – la nostra epoca, anche nella dimensione del processo civile.

5. LA «PROPORTIONATE JUSTICE» IN INGHILTERRA E GALLES

Bastino alcuni esempi: le novità normative nel settore processuale approvate in Inghilterra e Galles e quelle annunciate da noi; le prassi giurisprudenziali diffuse in molti Paesi; la promozione dei principi a scapito delle regole procedurali¹¹⁴; l’approccio utilitaristico e «quantitativo» alle problematiche processuali; la graduale penetrazione del principio di proporzionalità nel *temenos* del giudizio civile e la deriva moralizzatrice¹¹⁵ che ne investe la

¹¹⁰ I quali non possono rinvenire una legittimazione nel diritto naturale: i «*natural rights*» sono difatti oggetto di critica severa da parte di Bentham («*nonsense upon stilts*»): cfr. W. Twining, *Globalisation*, cit., 106.

¹¹¹ Bentham negava che il principio del contraddittorio possedesse una giustificazione razionale: A. Giuliani, *Il concetto di prova*, cit., 239. Abbiamo già sottolineato l’avversione del giurista londinese per la classe degli avvocati, considerata (per dirla con C. Cavagnari ed E. Caldara, voce *Avvocati e procuratori*, in *Il Digesto italiano*, Torino 1893-1899, IV, 2, rist. Bologna 2004, 137) «una piaga della società, un danno e un pericolo permanente per la moralità e per il progresso».

¹¹² Sul tambureggiante richiamo a tali principi ogni citazione è superflua. È un *Leitmotiv* dell’opera benthamiana. Secondo il filosofo, per dirla in breve, la complessità della procedura «*is the nursery of fraud*» (la citazione è in G.J. Postema, *op. cit.*, 345).

¹¹³ Sul ruolo del giudice come *pater familias*, nel contesto di un «modello domestico» di procedura giudiziaria «senza regole» v., per tutti, G.J. Postema, *op. cit.*, 341 ss., 350 ss. Quali modelli di semplicità e flessibilità processuale Bentham (volgendosi al passato più o meno recente) indicava i giudizi dei sassoni, le corti danesi «*of reconciliation*», le «*courts of conscience*», nonché le corti di arbitrato introdotte da Guglielmo III d’Inghilterra, e perfino il cadì turco (sul senso, tutt’altro che paradossale, di tali richiami v. Id., *op. cit.*, 351, 353 ss.). Si ricorderà, infine, che la «procedura naturale» benthamiana affascinava Chiovenda: lo ricorda B. Cavallone, *Forme del procedimento e funzione della prova*, in questa *Rivista* 2006, 417 ss., 428.

¹¹⁴ Le quali «si riducono al rango di semplici ‘direttive’»: G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all’antico*, in *Corr. giur.* 2014, 91 ss., spec. 95 e nota 17. Cfr., se vuoi, A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in questa *Rivista* 2015, 680 ss.

¹¹⁵ Ci sembra che la elaborazione della categoria dell’abuso del processo sia un tentativo di moralizzazione del giudizio su base utilitaristica: cfr., se vuoi, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze*, cit., 23 ss.

trama; la pretesa di dedurre il giusto dall'utile¹¹⁶; l'espansione della *jurisdiction* e la delegittimazione della legalità procedurale; l'esortazione alla semplificazione ed alla flessibilità; lo «stato di eccezione» che grava sulle nostre vite schiacciate sotto l'egemonico peso della economia¹¹⁷: tutto cospira a rivalutare il pensiero di Bentham, le cui idee – contrariamente a quanto supposeva J.F. Stephen – sono tutt'altro che «*exploded shells*», inghiottite dal frastuono della storia (che, ad onor del vero, esse pure concorsero a causare con la carica sovvertitrice loro propria, giacché «*Bentham, philosophe réformateur, est toujours obligé de détruire, avant de construire*»)¹¹⁸.

Non solo quelle idee benthamiane – in maniera ora diretta ora indiretta – hanno significativamente influito (pochi anni fa in alcuni Paesi) nella riforma delle istituzioni giudiziarie e nella riscrittura delle regole processuali, se non nelle vedute della giurisprudenza, ma promettono di farlo oggi un po' ovunque, anche da noi. Che ciò sia un bene da raccogliere e custodire o al contrario un pericolo da scansare è però tutt'altra questione. Per affrontarla può essere proficuo soffermarsi su alcuni fenomeni. Nell'economia di questo scritto possiamo limitarci a considerare sinteticamente, con l'esperienza italiana, le riforme in Inghilterra e Galles.

Già negli «*Woolf Reports*» del 1995 e 1996¹¹⁹ e poi nelle «*Civil Procedure Rules*» (CPR) trovano spazio le idee Bentham¹²⁰ (e dei suoi epigoni)¹²¹. È sviluppata una teoria della giustizia volta ad imporre alle corti di considerare gli effetti delle loro decisioni sul complessivo sistema della giustizia civile. Da più parti si è parlato non per caso di un evento rivoluzionario. Per lunga tradizione, infatti, l'approccio al tema era stato unicamente *individuale* e non collettivo, risolvendosi nella scelta di soddisfare solo il bisogno di giustizia («*substantive justice*»)¹²² nella singola controversia. La ricezione del modello processuale in uso presso la

¹¹⁶ Bentham «*treated 'justice' as simply a species of utility*»: G.J. Postema, *op. cit.*, 417.

¹¹⁷ Nel senso chiarito da K. Marx, *La questione ebraica* (1844), trad. it. Roma 1978, 82. Evidentemente tutt'altra cosa è la analisi economica del diritto, che ben può estendersi agli aspetti organizzativi del processo: cfr., in ultimo, con riferimento alla «sfida della complessità», R. Posner, *Reflections on Judging*, Cambridge-London 2013, spec. 54 ss.; nonché, a proposito delle «*deficiencies in the management of the various layers of the judiciary*», Id., *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Cambridge-London 2016, spec. 222 ss. Nella dottrina italiana v. F. Auletta, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte; nuovi approdi dell'analisi economica del diritto*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 959 ss.

¹¹⁸ La felice espressione è di Halévy, *op. cit.*, 81.

¹¹⁹ *Interim and Final Access to Justice Reports*.

¹²⁰ J. Sorabji, *English Civil Justice*, cit., 162, 75 ss., spec. 96 ss.

¹²¹ Cfr. A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, 2^a ed., London 2006, spec. 25 ss. (3^a ed., London 2013).

¹²² Con la espressione «*substantive justice*» (o «*justice on the merits*», «*complete justice*») si designa l'aspirazione a risolvere la controversia singola con una decisione accurata, tramite la applicazione della norma appropriata a

giurisdizione di «equità» produsse – con i *Judicature Acts* del 1873/75¹²³, se non prima¹²⁴ – l'affievolimento della vincolatività delle prescrizione procedurali e la massima dilatazione dei meccanismi di sanatoria degli errori processuali, in funzione del conseguimento dell'obiettivo prioritario della «giustizia nel merito». Nella sostanza «*doing justice on the merits*» – per dirla con Zuckerman¹²⁵ – era «*more important than enforcing compliance with the rules or court orders*». Cosicché il desiderio di fare «*complete justice*», mentre spogliava di autentico valore normativo le regole processuali che vi si frapponevano, aveva il sopravvento anche sulle esigenze, pure avvertite, di contenimento dei costi e di rapidità dei procedimenti.

A questo modello tramandato – che chiameremmo a «cannuccia da bibita» («microlivello individuale») – i riformatori ne contrappongono uno diverso, se non opposto, che fa appello alla «*proportionate justice*». A loro avviso il sistema tradizionale¹²⁶ non avrebbe permesso di assicurare la stessa garanzia essenziale (di accesso al giudice) per la maggioranza dei litiganti: consentendo difatti un uso «sproporzionato» delle risorse a disposizione delle corti da parte di alcuni soggetti per dirimere le loro liti, le residue (e depauperate) risorse non avrebbero potuto garantire le stesse opportunità agli altri cittadini, ostacolandone le aspirazioni a chiedere giustizia. Di qui la radicale torsione della teoria tradizionale a vantaggio di una concezione che denomineremmo da «sguardo di Gorgone» («macrolivello di sistema»), e cioè slargata ad una analisi «collettiva» dell'impiego delle risorse del sistema giudiziario, imperniata sulla verifica che a ciascun cittadino ne sia assegnata una quota equa, con conseguente oculata distribuzione di quelle risorse e salvaguardia dei diritti di accesso alle corti dei rimanenti litiganti. Se insomma la risorsa è scarsa, occorre razionarne il godimento¹²⁷ da parte dei cittadini: questa è la deliberata intenzione dei riformatori d'oltre Manica, i quali programmaticamente antepongono il conseguimento dell'obiettivo «collettivo» dell'uso proporzionato delle risorse giudiziali alla assicurazione «individuale» – già preminente – della «*substantive justice*»¹²⁸. L'ambizione a fare giustizia nel merito, se non viene ovviamente

«*true facts*».

¹²³ A. Zuckerman, *op. cit.*, 25-27.

¹²⁴ Per stare alla posizione di J. Sorabji, *op. cit.*, spec. 31-74.

¹²⁵ A. Zuckerman, *op. cit.*, 26.

¹²⁶ Ancora all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, «*complexity, cost and delay were as intractable a triumvirate as they had ever been*»: J. Sorabji, *op. cit.*, 21.

¹²⁷ Giungendo persino a negare l'accesso al giudizio, o, più spesso, a ridurre la quantità di tempo e denaro destinati alla celebrazione dei processi (tanto da escludere o comunque limitare, ad esempio, le prove da introdurre nei procedimenti civili). Non è difficile intuire che la qualità delle decisioni ne risente.

¹²⁸ «*It was to be downgraded*»: J. Sorabji, *op. cit.*, 256.

abbandonata nella nuova prospettiva, diventa tuttavia un obiettivo certo importante, ma da coordinare con esigenze già da tempo acquisite alla cultura giuridica inglese (efficienza, speditezza, «*economy*») e con altre alle quali viene assegnata inusitata e categorica centralità (proporzionalità ed eguaglianza). Tutto questo ha spinto i commentatori a mettere l'accento sul fatto che i *conditores* inglesi, tutto sommato, hanno mobilitato senza ambiguità, in un'ottica economica, le potenzialità della «giustizia distributiva». Preferiremmo però parlare, pur senza deflettere dalla linea interpretativa puntualizzata, di perseguimento di una «moderna» forma di «giustizia distributiva» «al quadrato», per porre in evidenza che il bene da distribuire fra i consociati è la giustizia stessa¹²⁹.

In ogni caso, con questa nuova teoria della «*proportionate justice*», piegata ad una forma di «giustizia distributiva» *sui generis* – di manifesta ascendenza benthamiana¹³⁰ –, si profilano due conseguenze indesiderabili, ma che costituiscono l'inevitabile portato del peso assegnato alla «proporzionalità», nelle sue varianti – che altro non paiono se non due facce della stessa medaglia – della «*collective proportionality*» e della «*individual proportionality*»¹³¹ (entrambe chiamate a svolgere il medesimo ruolo che nella teoria benthamiana svolgevano i «*collateral ends*»)¹³². Può accadere, da un lato, che la domanda di giustizia sia semplicemente rifiutata dalle corti, e, dall'altro lato, che l'investimento di tempo e risorse riservato alla celebrazione del processo (ed alla acquisizione delle prove) sia ridotto. In ambedue i casi rifulge la somiglianza con la lezione benthamiana e con il peso determinante da essa attribuito ai «*collateral ends*». Nel primo caso il conseguimento della «*substantive justice*» è ovviamente escluso in radice. Nel secondo caso l'obiettivo di pervenire ad una decisione accurata è ridimensionato, quante volte, ad esempio, si riducano gli spazi della istruttoria.

È un fatto rimarchevole, però, che le riforme di Woolf, se sono riuscite ad elaborare una nuova teoria della giustizia plasmata da quel retroterra teorico benthamiano, non sono state

¹²⁹ Nella forma di eguali possibilità di accesso al giudice per tutti i cittadini. Diciamo di «moderna» concezione della giustizia distributiva per indicare quella affermata da Babeuf in avanti (sino alla recente rielaborazione del concetto di Rawls): seguiamo l'ordine di idee di S. Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice*, Cambridge-London 2004, 80 ss.

¹³⁰ J. Sorabji, *op. cit.*, spec. 136, 137, 149, 150, 152, 153, 157, 164, 168, 197-198, 207, 208, 212, 213.

¹³¹ CPR 1.1(2)(c), 1.1(2)(e). Rinviamo alla distinzione tracciata da J. Sorabji, *op. cit.*, 167-169, 214. La «*collective proportionality*» (o «*onward-looking proportionality*») presuppone un confronto tra il singolo processo e la generalità dei giudizi civili (onde evitare che nel primo non si consumi una quota eccessiva delle risorse giudiziarie tale da precludere agli altri cittadini di far valere in giudizio le loro pretese). La «*individual proportionality*» (o «*inward-looking proportionality*») ha per oggetto la specifica controversia (ed esige che i benefici ritraibili dall'accertamento ed esecuzione nella vicenda processuale concreta della «*substantive justice*» – nel senso indicato *retro* in nota 120 – non sopravanzino i costi necessari per raggiungere l'obiettivo).

¹³² V. *retro* § 3. Lo sottolinea, a più riprese, J. Sorabji, *op. cit.*, 137, 150, 153, 157, 164.

in grado viceversa – per comune convincimento – di recarla ad effetto¹³³. Si spiegano così le successive «*Jackson Reforms*», il cui obiettivo si indovina nel tentativo di applicare nei fatti (con specifico riguardo alla «*individual proportionality*») quelle rivoluzionarie aspirazioni ideali¹³⁴, che continuano a suscitare consensi pure in altri paesi¹³⁵. Come noto, anche in Italia si sono levate voci autorevoli che hanno proposto di trapiantare nel giudizio civile il principio di proporzionalità¹³⁶.

6. LA VERSIONE ITALIANA DELLA PROCEDURA CIVILE UTILITARISTICA

La situazione di *impasse* inglese e i motivi che l'hanno determinata possono servire per esprimere una valutazione consapevole a proposito delle recenti tendenze della giurisprudenza italiana. La nostra Corte di cassazione va impiegando da tempo l'argomento utilitaristico che fa leva sulla necessità di impiegare oculatamente le risorse giudiziali e di contemperare le aspirazioni individuali con la esigenza di riservare risorse agli altri processi. Si direbbe che, per quanto non espressamente richiamato, il principio di proporzionalità sia stato nei fatti recepito.

Le esemplificazioni potrebbero essere numerose. Qui non vogliamo tanto soffermarci sulle interpretazioni creative elaborate sulla scorta dei principi costituzionali della «durata ragionevole» e del «giusto processo». O indugiare sulla progressiva dequotazione delle regole processuali e della loro cogenza, con le Sezioni Unite che parlano addirittura di una «innegabile evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito»¹³⁷. O sottolineare che, se legittimiamo questo «sfondamento» delle regole formali

¹³³ Questo è il filo conduttore del libro di J. Sorabji, *op. cit.*, spec. 207 ss. L'autore, ancorché guardi con favore alla nuova teoria, è costretto a riconoscerne l'insuccesso sul piano pratico, dipendente non solo da resistenze culturali ma anche da problemi ulteriori. Fra questi un posto di primissimo piano spetta alle difficoltà connesse al calcolo (utilitaristico e) proporzionale (*ivi*, 212-214, 241 ss.; i rimedi ipotizzati da Sorabji – *op. cit.*, 247 ss. – non paiono affatto risolutivi). La vaghezza del principio di proporzionalità ha suscitato resistenze anche altrove (in particolare ad Hong Kong, dove le riforme della giustizia civile si sono ispirate alle proposte di Woolf: *ivi*, 208, 221 ss.).

¹³⁴ P. Comoglio, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo «update» delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 145 ss.; le novità sono indicate pure da J. Sorabji, *op. cit.*, spec. 214 ss.

¹³⁵ Non mancano però le critiche. Degna di rilievo è la situazione ad Hong Kong (v. *retro* in nota 131).

¹³⁶ Cfr. R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 389 ss.; nonché art. 0.8 del progetto Proto Pisani (in *Foro it.* 2009, V). Cfr. pure la profonda analisi critica di G. Tropea, *L'abuso nel processo amministrativo. Studio critico*, Napoli 2015, 191-192, 215-216, 254, 287, 479, 482; v. anche le obiezioni di P. Comoglio, *op. cit.*, 159-160.

¹³⁷ Così, letteralmente, Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1238 (par. 9.1. dei «motivi della decisione»). Bisogna

vincolanti, non potremo sorprenderci che nella trama del processo finiscano per farla da padroni precetti sostanziali¹³⁸ e che perfino la solidarietà sociale¹³⁹ si insinui nello *hieros kuklos* processuale. Non intendiamo neppure rimarcare la estensione *ex lege* del principio di sinteticità degli atti di parte ad importanti giudizi su diritti soggettivi¹⁴⁰ e – per adesso come «invito»¹⁴¹ – alla predisposizione dei ricorsi per cassazione. O alludere ai ricorrenti (ed annunciati) tentativi di semplificazione processuale (tradottisi, da ultimo, nella oltraggiosa “cacciata” degli avvocati dalla gran parte dei giudizi civili di cassazione con la legge 25 ottobre 2016, n. 197).

Piuttosto ci preme ora segnalare che, nella fondazione giurisprudenziale della nozione (altrettanto fondamentale che controversa) di «abuso del processo», ha un posto di rilievo il riferimento alla attuazione di un programma con finalità collettive di gestione di una risorsa scarsa (come è quella giudiziaria). Considerazioni deontologiche sono confuse con orientamenti teleologici e apprezzamenti perfino di tipo sistemico, con l’obiettivo della moralizzazione «utilitaristica» del processo. Ciò che risalta è che la tesi della giurisprudenza, innestata su una visione utilitaristica *à la Bentham*, schiettamente antepone ad ogni altra esigenza individuale (e qualitativa) l’interesse pubblico (e quantitativo) alla gestione proporzionata del servizio-justizia. Ne discendono non solo il divieto di frazionamento della domanda, ma anche – fra le altre cose¹⁴² – la pretesa audacissima di condizionare l’accesso al giudice al valore della pretesa azionata¹⁴³. Il che dimostra che la morale utilitaristica – sottesa alla tesi giurisprudenziale – non si concilia con una teoria dei diritti («presi sul serio»)¹⁴⁴ individuali «alla giustizia»¹⁴⁵.

anche guardarsi, però, dal feticismo delle regole (che conduce a quelle impostazioni iperproceduristiche denunciate da C. Consolo, in *Passeggiate e passacaglie*, cit., 611, 584).

¹³⁸ Pensiamo agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. ed al loro richiamo per fondare la categoria dell’abuso del processo: v., per tutti, C. Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari 2015, 54 ss.; nonché, se vuoi, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze*, cit., spec. 28 ss.

¹³⁹ Sovente evocata per dare sostanza alla nozione di abuso del processo: A. Panzarola, *op. cit.*, 30, 35, 36, 80.

¹⁴⁰ Cfr. art. 120, comma 6, c.p.a.

¹⁴¹ Cfr. il protocollo sottoscritto il 17 dicembre 2015 fra i presidenti della Suprema Corte e del CNF: v., per tutti, C. Punzi, *Il principio di autosufficienza e il «protocollo d’intesa» sul ricorso in cassazione*, in questa *Rivista* 2016, 585 ss.

¹⁴² Il richiamo alla limitatezza della risorsa giustizia è presente anche nelle famose «sentenze gemelle»: cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243. V. anche Cass., sez. III, 9 aprile 2015, n. 7090: al par. 3.7. del «diritto» si evocano i «valori funzionali del processo».

¹⁴³ Cass., sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228, in *Corriere giur.* 2016, 251 ss., con nostra nota, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*

¹⁴⁴ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. Bologna 2010. Sullo sfondo vi è la convinzione che «i diritti garantiti dalla giustizia non possono essere oggetto né della contrattazione politica, né del calcolo degli interessi sociali»: J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. Milano 1982, spec. 21 ss.

¹⁴⁵ Diritto «alla giustizia» comprensivo del diritto di azione e degli altri diritti processuali (poteri e facoltà spettanti non solo all’attore, ma pure al convenuto e riferibili a tutti gli altri partecipanti al processo). V., se vuoi, per un discorso più approfondito, A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze*, cit., 23 ss.

Più ampiamente, non sembra azzardato sottolineare la parentela tra la curvatura utilitaristica che va prendendo la giurisprudenza della Cassazione e le concezioni utilitaristiche e benthamiane – che ne rappresentano il correlato teorico – che si intravedono alla base degli «obiettivi prioritari» delle «*Civil Procedure Rules*» (CPR). È quindi fatale che i problemi postisi agli inglesi si ripresentino anche da noi. Come può il singolo giudice pronunciarsi sull'uso proporzionato della risorsa (scarsa) giudiziaria¹⁴⁶? Dispone degli strumenti per eseguire simili calcoli? Per poterli effettuare sarebbe indispensabile – per mutuare liberamente una felice espressione di Bruce Ackerman – quel «*government by numbers*»¹⁴⁷ che, come tale, non può che essere appannaggio esclusivo della politica, cioè del potere legislativo e della amministrazione. Questi poteri, ma non l'ordine giudiziario o il singolo giudice (neppure l'Ercole di Dworkin), possono trovare punti d'appoggio empirici per impartire una tutela coerente con la scarsità delle risorse. Ai giudici non restano che formule o retorica muscolare.

Insomma, la questione di «*policy*»¹⁴⁸ concernente la allocazione efficiente e proporzionata di una risorsa scarsa (la giustizia) non può essere risolta nel *dicere ius* poiché il giudice non ha i mezzi, le informazioni adeguate e – perché no? – il ruolo occorrenti per sovrintendere ad una attività così complessa ed è inevitabile che agisca semplicemente alla cieca.

La proposta di Bentham manifesta proprio su questo punto i suoi limiti più evidenti. Il filosofo londinese cerca di sopperire alle incertezze legate alla applicazione del principio utilitaristico ricorrendo al «*felicific calculus*»¹⁴⁹. I sette indici prescelti per quantificare vantaggi e svantaggi paiono però tutt'altro che univoci e precisi. Per eseguire una analisi costi-benefici servirebbero unità di misura ben determinate e invece Bentham fornisce indicazioni (dalla intensità alla durata, dalla vicinanza alla lontananza, ecc.) aperte al soggettivismo del giudice. Il calcolo utilitaristico finisce così per essere compiuto in modo o irriflesso o arbitrario. L'azzardo sembra palese: un modello di legalità imperniato sulle regole processuali – sulla loro prevedibilità e «calcolabilità», sul loro essere organizzate in classi tipiche di eventi riferibili a fatti particolari secondo la usuale logica sussuntiva – viene soppiantato dalla «incalcolabilità»

¹⁴⁶ In Inghilterra – come detto – il problema non ha trovato sino ad oggi soluzione.

¹⁴⁷ B. Ackerman, *We the People. 3. The Civil Right Revolution*, Cambridge (MA)-London 2014, 14 ss., 154 ss.

¹⁴⁸ Alla quale assegniamo il significato attribuitole da Ronald Dworkin. Gli argomenti di *policy* hanno la loro sede nel procedimento legislativo.

¹⁴⁹ W.C. Mitchell, *Bentham's Felicific Calculus*, in *Political Science Quarterly* 1918, 161 ss.

del valore della utilità. A conti fatti sembra nel giusto Albert Jules Ayer quando assicura che il procedimento benthamiano di «*sober calculation*» si risolve in un «mito»¹⁵⁰.

Non meno eloquente è il fallimento, sul piano della valutazione della prova, del c.d. «termometro della persuasione»¹⁵¹, ispirato alla medesima logica quantitativa. Gettando luce su un problema più vasto, Bentham riteneva che la persuasione potesse essere misurata dal giudice, come la temperatura, su una scala decimale. Se questa tesi è rimasta impraticabile, appare nondimeno il segno tangibile di un problema noto: e cioè che, in fin dei conti, anche nel libero convincimento del giudice «*liegt ein gutes Stück Irrationalismus*»¹⁵². Permane, oggi come ieri, la difficoltà, talora scoraggiante, di ricostruire un evento del passato. Quella che è stata una antica questione filosofica si ripresenta nella forma di un moderno problema epistemologico. L'antico progetto di Bentham volto a quantificare la persuasione del giudice, insieme alla «*flirtation with mathematics*»¹⁵³ che sottende, si leggono in filigrana nella affiorante tendenza (acuitasi nei nostri tempi) a restringere quella regola del libero convincimento – che pure è contemporaneamente additata quale tappa finale del moto di razionalizzazione progressiva del regime probatorio – in omaggio a criteri dedotti dalle scienze, dalla matematica alla psicologia e oltre. Tanto che gli esiti cui conducono le versioni più estreme di questa scientizzazione del giudizio di fatto paiono paradossalmente ricordare – con la formula matematica al posto della regola di senso comune – i risultati discendenti dalla tanto criticata teoria della prova legale¹⁵⁴.

7. IL C.D. PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Vi è spazio per alcune notazioni conclusive sulla penetrazione del verbo utilitaristico nei confini del processo civile, per segnalare irriducibili differenze e pericoli comuni.

¹⁵⁰ La citazione è ripresa da M.P. Mack, *op. cit.*, 253.

¹⁵¹ L'espressione non è impiegata da Bentham, ma da quanti hanno esaminato nel prosieguo la sua opera (W. Twining, *Theories*, cit., 56, 202 nota 31). È comunque implicita nella sua convinzione di potere misurare la persuasione allo stesso modo in cui si misura la temperatura.

¹⁵² E poi: «*heute entschärft nur durch den Zwang der Begründung*»: K.W. Nörr, *Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und 'Schriftlichkeit'. Bemerkungen zum römisch-kanonischen Zivilprozeß*, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach 1993, 19.

¹⁵³ W. Twining, *op. cit.*, 57.

¹⁵⁴ Si riannodano – secondo S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*, Frankfurt am Main 2003, 34 – «*an die so viel geschmähte und als 'rückständig' beurteilte legale Beweistheorie*». V. pure B. Cavallone, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.* 2008, 947 ss., spec. 975 ss.

Iniziamo dalle differenze. In nome della proporzionalità, in Inghilterra e Galles il legislatore ha imposto una rivoluzione nel modo di impartire la tutela giurisdizionale civile, che non ha ancora trovato piena applicazione nelle decisioni delle corti¹⁵⁵. All'opposto, in Italia, per opera della giurisprudenza «utilitaristica» della Cassazione, la rivoluzione si realizza nei fatti in assenza di una scelta legislativa che l'abbia autorizzata (almeno nei termini nei quali si è manifestata).

In Italia, la recente tendenza «utilitaristica» della Cassazione va di pari passo con la «relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito», che vanno smarrendo la loro vincolatività. Inversamente, la riforma di Woolf ha cercato di battere in breccia la concezione tradizionale inglese della giustizia civile che – per accordare la priorità alla «*substantive justice*» – finiva per consentire la disapplicazione delle regole processuali. Nel vecchio modello, cioè, la giustizia nel merito della decisione era, all'atto pratico, salvaguardata – per mutuare una felice immagine di John Sorabji – «*through denuding the rules of court of normative value*»¹⁵⁶. Con la conseguenza che la introduzione della «*proportionate justice*» è proceduta in Inghilterra all'insegna del (riconquistato) valore vincolante di regole e ordini processuali.

Siamo probabilmente anche alla origine di una aporia nella concezione inglese, che appare estranea alla vicenda italiana. Il fatto è che la svalutazione della forza obbligatoria delle regole processuali in atto nella giurisprudenza della Cassazione è, da questo punto di vista, per quanto criticabile, coerente con la impostazione utilitaristica. In Inghilterra, invece, il legislatore, pur accogliendo i dettami utilitaristici, vuole riconsegnare alle regole processuali la loro forza vincolante. Ma fra le due cose – come dimostra la teoria di Bentham – vi è una contraddizione insolubile, che forse concorre a spiegare il complessivo fallimento sinora della riforma di Woolf, che coinvolge pure la applicazione dei principi generali da essa introdotti, di malcerta decifrazione e complessa attuazione.

Il più importante fra essi è senz'altro il principio di proporzionalità, accolto nelle CPR inglesi (senza essere osservato in pratica), ma ancora ignoto alla nostra legge processuale (e nondimeno in pratica applicato). Da decenni, non solo nel giudizio di costituzionalità¹⁵⁷,

¹⁵⁵ V., però, almeno il caso *Sutradhar* (citato da J. Sorabji, *op. cit.*, 180-181). Lord Hoffmann vi evidenzia la ascendenza benthamiana della riforma di Woolf. Le resistenze sono forti sia in dottrina che in giurisprudenza (*ivi*, 107 ss., spec. 117 ss.).

¹⁵⁶ J. Sorabji, *op. cit.*, 255.

¹⁵⁷ O nel giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. Aa.Vv., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge 2014, a cura di G. Huscroft e B.W. Miller). Sul sindacato di costituzionalità condotto sulla base del criterio di proporzionalità v. pure A. Barak, *Proportionality: Constitutional*

l'impiego giudiziario del principio di proporzionalità¹⁵⁸ – pur quando i termini della ponderazione non siano predeterminati – conduce in modo inevitabile ad una comparazione di tipo utilitaristico tra i diritti in gioco¹⁵⁹, che prelude al sacrificio anche di quelli (*ex ante* stimati) inviolabili¹⁶⁰. Per questo motivo la nostra epoca è stata efficacemente descritta come la «*age of balancing*»¹⁶¹. Non priva di pericoli, però.

Tanto più che, con le CPR inglesi e con le proposte che vi si riconnettono, vi è stato un salto in avanti considerevole. Il contenuto da esse assegnato al principio di proporzionalità (utilitaristicamente connotato)¹⁶² gli sottrae ogni neutralità. Non si potrà sostenere che l'essenza della proporzionalità così intesa consiste nel non avere alcun contenuto e affermare che essa – quale nuda «forma» – permette di filtrare, appropriandosene, tutte le altre «sostanze» che innervano i principi costitutivi del processo, per farne la base di una decisione equilibrata. Visti i termini posti a base della valutazione proporzionale nelle CPR, si dischiude un modo cogente e spiccatamente *utilitaristico* di rapportarsi (tramite una invasiva analisi costi-benefici che rinchiude la tutela individuale nel letto di Procuste della utilità collettiva) alla realtà del processo, che finisce per rappresentare la vera «sostanza» del principio di proporzionalità ed accampare pretese di esclusività. Siamo senz'altro al di fuori del campo degli «*adiaphora*».

La neutralità del nostro principio potrebbe essere salvaguardata alla condizione di presupporre la prioritaria attuazione – o comunque la coordinata esplicazione – degli altri principi che, in vario modo, costituiscono i «*substantialia processus*». Che questo sia da escludere lo conferma la paradigmatica posizione di Bentham, nel quale la proporzionalità¹⁶³ andava di conserva con l'ottica utilitaristica: «*Justice feigns a rule ready fixed and established*» – scrive il filosofo londinese – «*utility recognizes the rule as yet to seek*»¹⁶⁴. Nei casi difficili,

Rights and their Limitations, Cambridge 2012; nonché G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica* 2014, 541 ss., spec. 552-556.

¹⁵⁸ Anche nel campo del processo civile vi sono esempi di tale impiego anche prima delle CPR inglesi (che ne hanno fatto però un uso senz'altro rivoluzionario): J. Sorabji, *op. cit.*, 108 ss. Nel diritto penale il richiamo al principio è «antico»: cfr. V. Zagrebelsky, *Legge, processo e giudice nella visione di Cesare Beccaria. Che cosa resta dopo due secoli e mezzo*, in *Riv. filosofia* 2015, 3 ss. Inutile dire del diritto amministrativo (S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 181).

¹⁵⁹ S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *I CON, Int J Constitutional Law* 2009, 468 ss.

¹⁶⁰ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme* (1992), trad. it. Roma-Bari 2013, 268 ss., 278, 284 ss.

¹⁶¹ L'espressione è di T.A. Aleinikoff (cit. in G. Pino, *op. cit.*, 543, nota 4).

¹⁶² V., in specie, CPR 1.1(2)(e). Vi si prevede, come anticipato, di riservare alla singola controversia «*an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases*».

¹⁶³ Che coincide, nella sostanza, con i «*collateral ends*» della teoria benthamiana.

¹⁶⁴ G.J. Postema, *op. cit.*, 149-150, 320, 403 ss. Mentre la giustizia postula la aderenza alle regole stabilite, l'impiego del criterio della utilità può condurre alla «violazione» della regola «*in order to secure a clear advantage in a particular case*».

perciò, la soluzione che sarà individuata non risponderà alla logica del «sia sia», ma a quella dell'«aut aut»: nella collisione fra principi processuali solo uno prevarrà e guiderà normativamente il giudice, vale a dire il principio specificamente utilitaristico. La verità è che, quando si maneggia un concetto come quello di utilità collettiva, facilmente gli altri valori o aspirazioni recedono. La dimensione «quantitativa» dell'interesse generale può fagocitare, per sua natura, i profili «qualitativi»¹⁶⁵ della tutela giudiziaria individuale. In una parola: il contenuto soggettivo dei diritti alla giustizia si indebolisce (sino a dissolversi) sotto il fardello costituito dal categorico contenuto «oggettivo» (economicistico) di un «principio» sfrenato (ma meglio si direbbe di un «valore» tirannico)¹⁶⁶. In questa matrice teorica, l'eradicamento della «utilità» dalla «proporzionalità» è insomma irrealizzabile e con questo è negata la avalutatività del principio che vi si basa.

Ciò trova preciso riscontro concreto proprio nel settore del processo civile, in rapporto al principio di proporzionalità propostoci dai riformatori inglesi (senza essere confortato per il momento dall'esperienza empirica). Quando dovessero affermarsi in pratica, i corollari della «*proportionate justice*» woolfiana (di sicura origine benthamiana e connotazione manifestamente utilitaristica) potrebbero tradursi, volta per volta, nella negazione della «giustizia sostanziale» o in un abbassamento della sua qualità¹⁶⁷, per garantire il bene collettivo rappresentato dal funzionamento del sistema giudiziario. L'utilità collettiva che è alla base di questo paradigma innesca una alternativa ineludibile: o si presenta come forza strutturante della regola (senza esserlo)¹⁶⁸ o assurge – se assunta quale norma¹⁶⁹ – essa stessa a regola delle regole, principio supremo. Nel primo caso si dovrebbe ritenere l'anomico come fonte ultima delle norme, nel secondo caso ammettere che l'utilità assurga a *nomos basileus*, in entrambi i casi consegnando alla *praxis* giudiziaria «decisionistica» una superiore sorgente di legittimità,

¹⁶⁵ V., se vuoi, A. Panzarola, *Alla ricerca*, cit., 680 ss. Diversa è la posizione di R. Caponi, *Intervento*, in Aa.Vv., *L'abuso del processo*, Bologna 2012, 221 ss., che insiste sul carattere “formale” del principio di proporzionalità accolto in Inghilterra.

¹⁶⁶ Per stare alla posizione di Habermas (*infra* in nota 166). L'attuazione immediata in via giudiziaria del valore della utilità collettiva (senza la mediazione di regole specifiche e misurabili) pone il problema (per riprendere l'espressione di N. Hartmann) della «tirannia dei valori»: v., allora, la critica radicale al «pensare per valori» (anche nel campo della giurisprudenza) di C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1960, 1967), trad. it. Milano 2008 (3^a ed. 2013).

¹⁶⁷ Così, in conclusione del suo lavoro, J. Sorabji, *op. cit.*, 258. L'a. ammette, senza esitazioni, che l'attuazione della nuova teoria della giustizia impone (anzitutto ai giudici) di accettare «*the denial of substantive justice in some cases and the reduction in the quality of justice in others*» (v. anche *op. cit.*, 3).

¹⁶⁸ Sono beni o valori, con connotazione teleologica e non principi o regole con carattere deontologico: Cfr. J. Habermas, *op. cit.*, 285. Di qui la domanda: può il giudice ergersi ad attuatore del «valore» della utilità collettiva?

¹⁶⁹ Senz'altro dominante è l'idea che i principi, e non solo le regole, costituiscano norme.

impregnata di utilitarismo, tanto vaga quanto invasiva¹⁷⁰. Il processo può così facilmente diventare il centro di esercizi giurisprudenziali di ingegneria sociale che, svilendone il carattere «isonomico», finiscono per accentuare l'asimmetria fra le parti ed il giudice.

Vi è certo desiderio di novità nel campo del processo civile ed è avvertito il bisogno di una maggiore sollecitudine per il soddisfacimento di esigenze generali. Il tema della proporzionalità è poi innegabilmente di moda e si presta ad applicazioni condivisibili, altrettante variazioni dell'idea di «proporzione» «che è bellezza, che è giustizia, che è sapienza, che è uguaglianza»¹⁷¹. Invece il «principio di proporzionalità» aggiogato al carro dell'utilitarismo collettivo – consegnatoci dagli inglesi e riproposto da noi con suadente eloquenza – presenta gravi incognite. Forse «il legno storto della umanità»¹⁷² richiede un approccio più complesso e plurale di quello prepotentemente «quantitativo» offertoci dal razionalismo utilitaristico anglosassone di derivazione benthamiana¹⁷³, ad un tempo strumentale e consequenzialista, la cui metodologia «comprime tutti gli individui in uno solo»¹⁷⁴. Sembra preferibile in definitiva che in Italia il legislatore non recepisca il principio di proporzionalità di stampo woolfiano. Altrimenti si rischia che – nella dilacerata realtà

¹⁷⁰ Rischiano pure di esserne profondamente pregiudicati i diritti «alla giustizia». Il che è tipico della impostazione utilitaristica: cfr. S. Fleischacker, *op. cit.*, 103 ss. (il quale – nel ricordare la avversione di Bentham per i diritti naturali: *ivi*, 103 e 108 – nota in generale che «*utilitarianism is not a doctrine friendly to the idea that individuals have any absolute rights*»: *ivi*, 103).

¹⁷¹ L. Einaudi, *Il buongoverno. Saggi di economia e politica (1897-1954)*, Bari 1954, 59 ss. «La misura è la migliore cosa» (*metron ariston*). Non si può che essere d'accordo con Fritz Fleiner e con la sua celebre affermazione del 1912 secondo la quale «la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni». Seguire le ramificazioni di questa idea ci porterebbe troppo lontano (fino a chiederci, ad esempio: proporzione aritmetica o proporzione geometrica? Proporzionale rispetto a che cosa?, ecc.). Nel nostro settore, basti pensare all'idea di diversificare la configurazione del processo in dipendenza della entità della pretesa. Non c'è bisogno di discorrere al riguardo di «proporzionalità strutturale» (così J. Sorabji, *op. cit.*, 188, in relazione ai «*procedural case tracks*»). In Italia possiamo parlare, sulle orme di F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli 1958, 157, di principio di elasticità (adeguando la struttura del processo alla natura della lite).

¹⁷² Il richiamo all'aforisma kantiano è, come noto, nel titolo di un volume di Isaiah Berlin.

¹⁷³ In Bentham emerge alla fin fine «un modo di ricercare i principi al di fuori del diritto e dell'esperienza giuridica, subordinata ad altre esperienze» (A. Giuliani, *Dal positivismo*, cit., 134).

¹⁷⁴ J. Rawls, *op. cit.*, 40. Il ripensamento rawlsiano del concetto utilitaristico di «giustizia distributiva» si nutre della intuizione secondo cui la società dovrebbe proteggere gli individui anche contro i suoi più grandi interessi. Rawls rifiuta, in altri termini, di «sottomettere i diritti garantiti dalla giustizia al calcolo degli interessi della società» (*ivi*, 41).

quotidiana del nostro processo civile – il male¹⁷⁵ muti in peggio. Dopo tutto, «se voi suonate il violino ai vertici dello Stato, perché sorprendersi se ai piani di sotto si balla»¹⁷⁶?

¹⁷⁵ Per adesso, nel nostro paese, l'approccio utilitaristico resta tributario per la propria forza esclusivamente alla prassi giurisprudenziale d'anziché ricordata (che per lo più ha provocato malessere se non angosciata incertezza). Si può confidare pertanto in un cambiamento, se mai ci libereremo finalmente dalla cappa opprimente dell'*Ausnahmezustand*. Una legge che introducesse il principio di proporzionalità sul modello inglese ipoterebbe invece il futuro. Ritorna del resto il dubbio già prospettato: «*quis iudicabit?*». Chi è il legittimo distributore della risorsa giudiziaria? Chi può concretamente determinare le quote spettanti a ciascuno? Lo può davvero fare il giudice?

¹⁷⁶ K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, in K. Marx, F. Engels, *Opere scelte*, a cura di L. Gruppi, Roma 1966, 530.