

Diritto, diritti di proprietà e inquinamento

di Murray N. Rothbard

Il diritto è un insieme di comandi; i principi del diritto inerente l'illecito civile o quelli del diritto penale, dei quali ci occuperemo, sono comandi negativi o proibizioni, del tipo "è vietato" compiere le azioni X, Y o Z.¹ In breve, alcune azioni sono considerate sbagliate a un livello tale da considerare appropriato usare la sanzione della violenza (perché il diritto è l'attuazione della violenza a livello sociale) per contrastare i trasgressori, difendersi da essi e punirli.

Vi sono molte azioni contro le quali non è ritenuto giusto usare la violenza, individuale o organizzata. La semplice menzogna (purché non siano violati i contratti che trasferiscono titoli di proprietà), il tradimento, l'ingratitude meschina, essere maleducati con gli amici o i colleghi, non presentarsi agli appuntamenti, sono atteggiamenti in genere considerati sbagliati, ma poche persone ritengono opportuno usare la violenza per proibirli o combatterli. Gli individui o gruppi di individui possono utilizzare comportamenti simili alle sanzioni, come il rifiuto di vedere una persona o frequentarla, escluderla e così via, ma usare la violenza del diritto per proibire tali azioni è considerato eccessivo e inappropriato.

Se l'etica è una disciplina normativa che identifica e classifica certi tipi di azione come buoni o cattivi, giusti o sbagliati, allora il diritto civile o penale è il sottoinsieme dell'etica che identifica le azioni contro le quali è corretto usare la violenza. Il diritto dice che l'azione X dovrebbe essere illegale e quindi *dovrebbe* essere combattuta dalla violenza del diritto. Il diritto è un insieme di proposizioni del tipo "si deve", o normative.

Molti saggisti e giuristi hanno sostenuto che il diritto è una disciplina avalutativa, "positiva". Naturalmente è possibile esclusivamente elencare, classificare ed esaminare il diritto vigente senza ulteriori valutazioni su ciò che il diritto dovrebbe o non dovrebbe essere.² Ma quel tipo di giurista non sta assolvendo il suo compito fondamentale. Dal momento che il diritto è in ultima istanza un insieme di comandi normativi, il vero giurista o filosofo del diritto non ha assolto il suo compito finché non ha stabilito che cosa il diritto debba essere, per quanto difficile tale compito possa risultare. Se non lo fa, vuol dire che abdica al suo ruolo a vantaggio degli individui o dei gruppi ignari dei principi giuridici, che possono stabilire i propri comandi in base ad un semplice ordine e ad un capriccio arbitrario.

Pertanto, i giuristi seguaci di Austin proclamano che spetta al re, o al sovrano, stabilire il diritto, e il diritto è semplicemente un insieme di comandi che promanano dalla sua volontà. Ma allora sorge la domanda: in base a quali principi il re opera o dovrebbe operare?³ Si può dire che il re sta emanando un decreto "cattivo" o "erroneo"? Appena il giurista ammette ciò, è oltre il volere arbitrario, e inizia a elaborare un insieme di principi normativi che dovrebbero guidare il sovrano. E allora si trova di nuovo davanti al diritto normativo.

Varianti moderne della teoria giuridica positivista affermano che il diritto dovrebbe essere ciò che i legislatori proclamano tale. Ma quali principi devono guidare i legislatori? E se diciamo che i

¹ I principi giuridici che stabiliscono divieti, come la responsabilità civile o i crimini, devono essere distinti dalle leggi ordinarie o dai regolamenti amministrativi che stabiliscono richieste positive, del tipo "devi pagare la somma X di imposta" o "devi presentarti per il reclutamento in tale data". In un certo senso, ovviamente, *tutti* i comandi possono essere formulati in una maniera tale da apparire come comandi negativi, ad esempio "non devi rifiutarti di pagare la somma X di imposta", o "non devi disobbedire l'ordine di presentarti per il reclutamento". Perché questa riformulazione è inappropriata sarà discusso in seguito. Vedi più oltre anche per una discussione di "torti" *vis-a-vis* "crimini".

² Ronald Dworkin, comunque, ha affermato che anche l'analisi giuridica positiva coinvolge necessariamente questioni morali e standard morali. Dworkin, "Taking Rights Seriously" (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), cap. 2, 3, 12, 13. Si veda anche Charles Fried, "The Law of Change: The Cunning of Reason in Moral and Legal History", *Journal of Legal Studies* (marzo 1980), p. 340.

³ I seguaci di Austin, ovviamente, introducono di soppiatto nella loro teoria positiva un assioma normativo: il diritto deve essere ciò che il re ha proclamato tale. Questo assioma non viene discusso e non è basato su alcun insieme di principi etici.

legislatori dovrebbero essere i portavoce dei loro elettori, allora spostiamo semplicemente il problema all'indietro, e la domanda diventa: quali principi devono guidare i votanti?

O il diritto, e quindi la libertà d'azione di ciascuno, dev'essere governato dal capriccio arbitrario di milioni di persone anziché di una sola o di poche?⁴

Anche il più antico concetto per cui il diritto dovrebbe essere determinato dai giudici della tribù o da quelli di *common law*, che si limitano ad applicare le consuetudini della tribù o della società, non può eludere i giudizi normativi essenziali per la teoria. *Perché* bisogna obbedire alle norme consuetudinarie? Se la consuetudine di una tribù impone l'omicidio di tutte le persone più alte di un metro e ottanta, bisogna comunque obbedire ad essa? Perché la ragione non può fissare un insieme di principi che sfidano e rovesciano le mere consuetudini e tradizioni? Allo stesso modo, perché la ragione non può essere usata per sconfiggere il mero capriccio arbitrario del sovrano o dell'opinione pubblica?

Come vedremo, il diritto che disciplina l'illecito civile e il diritto penale sono costituiti da un insieme di proibizioni all'invasione – aggressione – dei diritti di proprietà privata; cioè, le sfere di libertà di azione di ogni individuo. Se è così, allora il comando “è vietato interferire con il diritto di proprietà di A” implica che il diritto di proprietà di A è giusto e quindi non dovrebbe essere invaso. Le proibizioni giuridiche, quindi, lungi dall'essere in qualche senso avalutative, in realtà implicano un insieme di teorie sulla giustizia, in particolare sulla giusta assegnazione dei diritti di proprietà e dei titoli di proprietà. “Giustizia” non è altro che un concetto normativo.

Di recente, comunque, giuristi ed economisti della Scuola di Chicago hanno cercato di sviluppare teorie dei diritti di proprietà avalutative, in cui i diritti sono definiti e difesi non sulla base di norme etiche come la giustizia, bensì di qualche forma di “efficienza sociale”. In una di tali varianti, Ronald Coase e Harold Demsetz hanno affermato che, in caso di conflitti fra soggetti, “non conta” come sono assegnati i diritti di proprietà, è sufficiente che alcuni diritti di proprietà siano assegnati a *qualcuno* e poi difesi. Nel suo famoso esempio, Coase esamina una locomotiva che danneggia i terreni agricoli e i frutteti adiacenti alla ferrovia. Per Coase e Demsetz, questo danneggiamento delle colture dell'agricoltore da parte della ferrovia è un’“esternalità” che, in base ai principi dell'efficienza sociale, deve essere internalizzata. Ma per questi economisti non conta quale dei due possibili corsi di azione venga adottato. O si dice che l'agricoltore ha un diritto di proprietà sul suo frutteto; allora la compagnia ferroviaria deve pagare i danni per la perdita da lui subita, e l'agricoltore deve poter proibire le azioni invasive della ferrovia. Oppure la compagnia ha il diritto di emettere fumo dovunque voglia, e, se l'agricoltore vuole interrompere le emissioni, deve pagare affinché la compagnia installi un dispositivo che limita il fumo. Dal punto di vista dell'impiego di risorse produttive, non importa quale strada venga scelta.

Ad esempio, supponiamo che la compagnia ferroviaria provochi un danno pari a 100.000 dollari, e, nel Caso 1, questa azione sia considerata una violazione della proprietà dell'agricoltore. In tal caso, la compagnia deve pagare 100.000 dollari all'agricoltore o investire in un dispositivo che limita il fumo, purché sia più economico della somma da pagare. Ma nel Caso 2, in cui la compagnia ha il diritto di emettere fumo, l'agricoltore deve pagare alla compagnia fino a 100.000 dollari per far cessare i danneggiamenti al suo terreno. Se il dispositivo costa meno di 100.000 dollari, diciamo 80.000, allora sarà installato indipendentemente da chi possiede il diritto di proprietà. Nel Caso 1, la compagnia preferirà pagare gli 80.000 per il dispositivo piuttosto che i 100.000 all'agricoltore; nel Caso 2 l'agricoltore preferirà pagare alla compagnia una somma compresa fra 80.000 e 100.000 dollari per installare il dispositivo. Se invece il dispositivo antifumo costa più di 100.000 dollari, diciamo 120.000, allora il dispositivo non verrà proprio installato, indipendentemente da quale delle due soluzioni sia stata scelta. Nel Caso 1, la compagnia continuerà ad emettere fumo e a risarcire i 100.000 dollari di danni all'agricoltore anziché spendere 120.000 dollari per il dispositivo; nel Caso 2, l'agricoltore non pagherà la somma di 120.000 dollari

⁴ Di nuovo, queste varianti moderne e democratiche della teoria giuridica positivista introducono di soppiatto l'indimostrato assioma normativo secondo cui le leggi devono avere qualsiasi contenuto i legislatori o gli elettori desiderino.

per indurre la compagnia a comprare il dispositivo, perché per lui è una perdita superiore al danno di 100.000 dollari. Dunque, indipendentemente dal modo in cui i diritti di proprietà sono assegnati – secondo Coase e Demsetz – l’allocazione delle risorse sarà la stessa. La differenza fra le due è solo una questione di “distribuzione”, cioè di reddito o ricchezza.⁵

Questa teoria evidenzia molti problemi. Innanzi tutto, il reddito e la ricchezza sono importanti *per le parti coinvolte*, anche se non lo sono per i non coinvolti economisti. Per entrambe le parti fa una grande differenza se deve pagare l’una o l’altra. In secondo luogo, la tesi funziona solo se ignoriamo deliberatamente i fattori psicologici. I costi non sono solo monetari. L’agricoltore potrebbe provare un attaccamento per il frutteto di gran lunga superiore al danno monetario. Di conseguenza, per lui i danni al frutteto potrebbero valere molto più di 100.000 dollari, potrebbe servire un milione di dollari per compensarlo della perdita. Ma allora la supposta indifferenza viene completamente meno. Nel Caso 1, l’agricoltore non sarà contento di ricevere solo 100.000 dollari come risarcimento. Richiederà l’emissione di un’ingiunzione contro qualsiasi ulteriore aggressione della sua proprietà, e anche se la legge consente alle parti di trattare per rimuovere l’ingiunzione, egli insisterà per ottenere almeno un milione di dollari dalla compagnia ferroviaria, somma che la compagnia non vorrà pagare.⁶ Al contrario, nel Caso 2, è improbabile che l’agricoltore trovi un modo per ottenere il milione di dollari necessario per far cessare l’invasione di fumo nel frutteto.

L’affetto che lega l’agricoltore al suo frutteto è parte della più larga difficoltà cui va incontro la dottrina Coase-Demsetz: i costi sono puramente soggettivi e non misurabili in termini monetari. Coase e Demsetz pongono una condizione preliminare, che consiste nella loro tesi dell’indifferenza secondo cui tutti i “costi di transazione” sono pari a zero. Se non lo sono, i due autori sostengono che l’assegnazione dei diritti di proprietà deve avvenire nel modo che minimizza i costi di transazione sociali. Ma, assodato che i costi sono soggettivi e quindi non misurabili, essi non possono essere sommati. E se tutti i costi, compresi i costi di transazione, non possono essere sommati, allora non esiste l’entità “costi di transazione sociali”, e questi non possono essere confrontati né nel Caso 1 né nel Caso 2 né in qualsiasi altra situazione.⁷

Un altro serio problema dell’approccio Coase-Demsetz è che pretende di essere avalutativo, ma in realtà introduce la norma etica dell’“efficienza”, e afferma che i diritti di proprietà devono essere assegnati sulla base di tale criterio. Ma anche se il concetto di efficienza sociale avesse significato, essi non spiegano perché l’efficienza debba essere l’elemento prioritario nella definizione dei principi giuridici o perché l’internalizzazione delle esternalità debba prevalere su tutte le altre considerazioni. Ora siamo fuori dal *Wertfreiheit* e di nuovo alle questioni etiche non vagliate.^{8 9}

⁵ Vedi l’articolo che dà il via a questo tipo di analisi: Ronald H. Coase, “The Problem of Social Costs”, *Journal of Law and Economics*, n. 3 (ottobre 1960), p. 10. Per una critica vedi Walter Block, “Coase and Demsetz on Private Property Rights”, *Journal of Libertarian Studies* (primavera 1977), p. 111-115.

⁶ Attualmente è illegale negoziare l’estinzione di un’ingiunzione accordandosi con la parte danneggiata. In tal caso, ovviamente, l’internalizzazione del costo di Coase e Demsetz salta completamente. Ma probabilmente mancherebbe anche se la negoziazione fosse consentita. Inoltre, possono esistere agricoltori così affezionati ai loro frutteti che *nessun prezzo* potrebbe ricompensarli, nel qual caso l’ingiunzione sarebbe imperativa, e nessuna contrattazione del tipo Coase-Demsetz potrebbe eliminarla. Sulla possibilità di negoziare per eliminare le ingiunzioni vedi Barton H. Thompson Jr., “Injunction negotiations: An Economic, Moral and Legal Analysis”, *Stanford Law Review* 27 (luglio 1975), p. 1563-95.

⁷ Sulla infondatezza del concetto di costo sociale e sulla sua applicazione qui, vedi Mario J. Rizzo, “Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law”, e Murray N. Rothbard, “Comment: the Myth of Efficiency”, in “Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes”, a cura di Mario Rizzo (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), pp. 71-95. Vedi anche John B. Egger, “Comment: Efficiency is not a Substitute for Ethics”, in *ibid.*, pp. 117-25.

⁸ L’efficienza sociale è un concetto privo di significato perché l’efficienza riguarda il modo in cui concretamente un individuo impiega dei mezzi per conseguire determinati fini. Ma esistendo più di un individuo, chi determina i fini in funzione dei quali i mezzi devono essere impiegati? I fini di individui differenti sono soggetti a conflitti, rendendo assurdo qualsiasi concetto di somma o ponderazione dell’efficienza collettiva. Su questo vedi anche Rothbard, “Myth of Efficiency”, p. 90.

⁹ Charles Fried ha fatto notare che cercare di porre l’efficienza come criterio morale è, volenti o nolenti, sbagliato e incoerente, anche senza un esame approfondito. Fried, “The Law of Change”, p. 341.

Un altro tentativo, da parte degli economisti della Scuola di Chicago, di dare suggerimenti sulle politiche giuridiche pubbliche nascondendosi dietro la maschera del *Wertfreiheit* è rappresentato dalla tesi secondo cui con il passare del tempo i giudici di *common law* perverranno sempre all’allocazione socialmente efficiente dei diritti di proprietà e della responsabilità civile per i danni procurati. Demsetz enfatizza i diritti che minimizzano i costi di transazione sociale; Richard Posner privilegia la massimizzazione della “ricchezza sociale”. Tutto ciò aggiunge un arbitrario determinismo storico, che funziona come una specie di mano invisibile che conduce i giudici sul sentiero tracciato dall’attuale scuola di Chicago, verso gli altri errori esaminati in precedenza.¹⁰

Se il diritto è un insieme di principi normativi, ne segue che non si può semplicemente registrare e seguire ciecamente qualunque diritto positivo o consuetudinario esista. Questo diritto dev’essere sottoposto ad una critica approfondita sulla base di tali principi. Quindi, se esistono diversità fra il diritto vigente e i giusti principi, come quasi sempre accade, bisogna intraprendere le azioni necessarie a rendere il diritto conforme ai principi giuridici corretti.

Invasione fisica

Il principio normativo che io propongo per il diritto è semplicemente questo: nessuna azione deve essere considerata illecita o illegale a meno che non invada, cioè aggredisca, la persona o la giusta proprietà altrui. Solo le azioni che consistono in invasioni devono essere dichiarate illegali e combattute con tutto il potere del diritto. L’invasione dev’essere concreta e fisica. Di essa esistono gradi diversi di gravità e quindi specifici diversi gradi di risarcimento e punizione. Il “furto con scasso”, cioè la semplice violazione della proprietà per sottrarre beni, è meno grave della “rapina”, in cui è probabile che contro la vittima venga impiegata la forza sostenuta dalle armi. Comunque, in questa sede non siamo interessati alla questione dei diversi gradi di invasione o punizione, ma semplicemente all’invasione *in se stessa*.

Se nessun uomo può invadere la “giusta” proprietà di un’altra persona, quale dev’essere il nostro criterio di giustizia?¹¹ Non c’è spazio qui per elaborare una teoria della giustizia relativa ai titoli di proprietà. È sufficiente dire che l’assioma fondamentale della teoria politica libertaria afferma che ogni uomo è proprietario di se stesso e possiede sovranità assoluta sul proprio corpo. Di fatto, ciò significa che nessuno può legittimamente invadere – aggredire – un’altra persona. Ne segue allora che ogni persona è legittimamente proprietaria di qualsiasi risorsa, precedentemente inutilizzata, di cui si appropria, cioè “con cui mescola il proprio lavoro”. Da questi due assiomi – autoproprietà e “occupazione originaria” – deriva la giustificazione dell’intero sistema di diritti di proprietà in una società di libero mercato. Questo sistema stabilisce il diritto di ogni uomo alla propria persona, il diritto di effettuare donazioni, di trasferire l’eredità (e, parimenti, il diritto di ricevere donazioni o eredità) e il diritto di scambiare tramite contratti i titoli di proprietà.¹²

La teoria giuridica e quella politica, non riuscendo a individuare nell’invasione fisica l’unica azione umana da considerare illegale e che giustifica l’uso della violenza fisica per contrastarla,

¹⁰ Il concetto di ricchezza sociale soffre degli stessi limiti del modello Coase-Demsetz, più altri problemi specifici. Per una critica devastante di Posner, vedi Ronald M. Dworkin, “Is Wealth a Value?” e Richard A. Epstein, “The Static Conception of the Common Law”, in *Journal of Legal Studies* (marzo 1980), pp. 191-226, 253-76. Vedi anche Anthony J. Rizzo, “Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort”; Fried, “The Law of Change”; e Gerald O’Driscoll, Jr., “Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried”, in *ibid.*, pp. 227-42, 291-318, 335-54, 355-66.

¹¹ La qualificazione che la proprietà sia “giusta” va fatta. Supponiamo, ad esempio, che A rubi l’orologio di B e che alcuni mesi dopo B catturi A e si riprenda l’orologio. Se A denunciasse B per il furto del “suo” orologio, la difesa di B sarebbe tutta incentrata sul fatto che l’orologio non era - realmente e secondo il criterio di giustizia - di A perché A lo aveva in precedenza rubato a B.

¹² Per approfondire questa prospettiva libertaria, o “neo-lockiana”, vedi Murray N. Rothbard, “Justice and Property Rights”, in *Property in a Humane Economy*, Samuel Blumenfeld (a cura di), (LaSalle, Ill.: Open Court, 1974), pp. 101-22. In un certo senso, Percy B. Lehning ha ragione quando osserva che più che rappresentare due assiomi indipendenti, il principio di *homesteading* in realtà segue dall’unico assioma di autoproprietà. Lehning, “Property Rights, Justice and the Welfare State”, *Acta Politica* 15 (Rotterdam 1980), pp. 323, 352.

hanno provocato molti danni. Il vago concetto di “danno” è sostituito dal preciso concetto di violenza fisica.¹³ Consideriamo i due esempi seguenti. Jim corteggia Susan e sta per ottenerla in sposa, quando improvvisamente compare Bob e gliela porta via. Bob ha certamente procurato un grosso “danno” a Jim. Se si utilizza un significato di danno esteso a un’invasione non fisica, si potrebbe dimostrare illegale quasi ogni azione. Jim deve poter “comandare” sulla vita di Bob?¹⁴

Analogamente, A è un venditore di lamette da barba di successo. Ma poi arriva B e mette in vendita una lametta migliore, teflonata per prevenire i tagli alla pelle. Il valore della proprietà di A è fortemente pregiudicato. Egli deve poter essere risarcito per i danni da B, o meglio ancora, vietare a B la vendita della lametta migliore? La risposta corretta non è che i consumatori sarebbero danneggiati se fossero costretti a comprare la lametta di peggior qualità, anche se questo è sicuramente ciò che avviene. Certamente nessuno ha legalmente il diritto di impedire, o rivalersi per, i danni subiti dalla sua proprietà, a meno che non sia un atto di invasione fisica. Ognuno ha il diritto di mantenere inviolata l’integrità fisica della sua proprietà; nessuno ha il diritto di proteggere il valore della sua proprietà, perché quel valore è semplicemente il risultato di ciò che le persone vogliono pagare per essa. Tale desiderio dipende soltanto dal modo in cui *esse* decidono di usare il loro denaro. Nessuno può vantare un diritto sul denaro di qualcun altro, a meno che l’altra persona non abbia in precedenza stipulato un contratto per trasferirglielo.

Nella parte del diritto che si occupa dell’illecito civile, “danno” è generalmente inteso come invasione fisica della persona o della proprietà. Il divieto di diffamazione (a mezzo stampa e verbale) ha sempre rappresentato un’evidente anomalia nel diritto civile. Le parole e le opinioni non sono invasioni fisiche. Come nel caso della perdita di valore della proprietà a causa di un prodotto migliore o di un mutamento nella domanda dei consumatori, nessuno possiede il diritto di proprietà alla sua “reputazione”. La reputazione dipende strettamente dalle opinioni soggettive di altre menti, che hanno il diritto assoluto alle proprie opinioni, quali che siano. Per cui, il divieto di diffamazione è esso stesso una grave invasione del diritto alla libertà di espressione del diffamatore, diritto che è un sottoinsieme del diritto di proprietà sulla sua persona.¹⁵

Un’aggressione ancora maggiore alla libertà di espressione, ispirata dalla teoria di Warren e Brandeis, è la responsabilità per la violazione del presunto diritto alla “riservatezza”, che vieta le libere espressioni e le azioni compiute con le proprie risorse anche se non sono sleali o intenzionali.¹⁶

Nel diritto che disciplina l’illecito civile, in genere il “danno” è interpretato come l’invasione fisica della persona o della proprietà e di solito comporta il risarcimento dei danni di tipo “emotivo” se, e solo se, quei danni sono la conseguenza di un’invasione fisica. Quindi, nell’ambito dell’istituto giuridico tipo che è la *violazione di proprietà* [*trespass*] – un’invasione della persona o della

¹³ A tale proposito, John Stuart Mill reclama la completa libertà di azione individuale “senza impedimenti da parte degli altri, purché ciò che facciamo non li danneggia”. Mill, “On Liberty”, in *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (New York: E. P. Dutton, 1944), p. 175. Hayek, dopo aver correttamente definito la libertà come assenza di coercizione, purtroppo non arriva a definire la coercizione come invasione fisica e quindi permette e giustifica un’ampia gamma di interferenze statali sui diritti di proprietà. Vedi Murray N. Rothbard, “F.A. Hayek and the Concept of Coercion”, *Ordo* 31 (Stuttgart 1980), pp. 43-50.

¹⁴ Robert Nozick sembra giustificare l’illegalità di tutti gli scambi volontari che egli definisce “non-produttivi”, essenzialmente la situazione in cui A starebbe meglio se B non esistesse. Per una critica a Nozick su questo punto vedi Murray N. Rothbard, “Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State”, *Journal of Libertarian Studies* (inverno 1977), pp. 52 e segg.

¹⁵ Possiamo quindi sostenere la posizione “assolutista” del giudice della Corte Suprema Black a favore dell’eliminazione delle norme sulla diffamazione. La differenza è che Black ha sostenuto una posizione assolutista sulla base del Primo Emendamento, perché esso è parte della Costituzione, mentre noi sosteniamo la medesima posizione perché il Primo Emendamento rappresenta una parte fondamentale del credo libertario. Sul significativo indebolimento delle norme sulla diffamazione negli ultimi due decenni, vedi Richard A. Epstein, Charles O. Gregory e Harry Kalven, Jr., *Cases and Materials on Torts*, 3rd ed. (Boston: Little, Brown, 1977), pp. 977-1129 (da qui in poi citato come Epstein, *Cases on Torts*).

¹⁶ Non si dovrebbe affermare un diritto alla privacy che non può essere sussunto sotto la protezione del diritto di proprietà ad essere salvaguardati contro la violazione dei contratti. Sulla privacy, vedi *ibid.*, pp. 1131-90.

proprietà – l’“aggressione” [*battery*] è l’effettiva invasione del corpo di qualcun altro, mentre nell’“attacco” [*assault*] una persona induce in un’altra la paura, o l’apprensione, per un’aggressione.¹⁷

Perché un’aggressione sia illecita e quindi soggetta ad azione giudiziaria, il diritto opportunamente esige che la minaccia sia diretta e imminente. Semplici insulti e parole violente, vaghe minacce future o il semplice possesso di un’arma non possono rappresentare un’aggressione¹⁸; devono essere accompagnate da un’azione palese che faccia nascere l’apprensione per un’imminente aggressione fisica.¹⁹ O, in altre parole, vi dev’essere la concreta minaccia di un’aggressione imminente perché la vittima possa legittimamente usare la forza e la violenza per difendersi.

Affinché si realizzi un illecito civile, non è necessario che l’invasione fisica o la molestia siano effettivamente “dannose”, cioè infliggano un danno grave. I tribunali hanno correttamente stabilito che azioni come sputare in faccia o strappare via il cappello di qualcun altro costituiscono aggressioni. Le parole pronunciate nel 1704 dal Presidente della Corte Suprema Holt sembrano ancora attuali: “Toccare in maniera anche lieve un’altra persona mentre ci si trova in uno stato d’ira è aggressione”. Anche se il danno reale può non essere consistente, in termini assoluti possiamo concludere che il corpo della vittima è stato molestato, *ostacolato*, dall’aggressione fisica contro di esso, e che quindi queste azioni apparentemente minori sono diventate illeciti giuridici.²⁰

Inizio di un’azione esplicita: responsabilità oggettiva

Se solo l’invasione fisica della persona o della proprietà costituisce un atto illecito, o illecito civile, allora diventa importante stabilire *quando* una persona può agire se tale invasione fisica è incombente. La teoria giuridica libertaria stabilisce che A non può usare la forza contro B tranne che per autodifesa, cioè solo se B sta dando inizio all’impiego della forza contro A. Ma quando l’uso della forza da parte di A contro B è legittima difesa e quando è *in sé* illegittima e rappresenta un’illecita aggressione contro B? Per rispondere a questa domanda dobbiamo considerare quale tipo di teoria sulla responsabilità per illecito civile vogliamo adottare.

¹⁷ Per un’aggressione imminente “apprensione” è un termine più appropriato di “paura”, perché evidenzia la consapevolezza dell’aggressione in arrivo e dell’azione dell’aggressore che causa quella consapevolezza, più che lo stato psicologico soggettivo della vittima. A tale proposito, Dean Prosser: “L’apprensione non è la stessa cosa della paura, e al ricorrente non è impedita l’azione giudiziaria solo perché è troppo coraggioso per essere spaventato o intimidito”. William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1971), p. 39.

¹⁸ È un peccato che, a partire dal 1930 circa, i tribunali si siano piegati alla creazione di un nuovo tipo di illecito civile, “inflizione intenzionale di turbamento mentale in conseguenza di una condotta eccessiva e ingiuriosa”. È chiaro che la libertà di espressione e personale dovrebbero consentire l’insulto verbale, per quanto oltraggioso possa essere; in più, non esiste alcun criterio rigoroso per distinguere un semplice abuso verbale dall’“oltraggio”. L’affermazione del giudice Magruder è notevolmente sensata: “Contro la maggior parte delle frizioni, irritazioni e conflitti caratteriali insiti nella partecipazione alla vita sociale, un irrobustimento della scorza psichica è una protezione migliore di quella che può offrire la legge”. Magruder, “Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts”, *Harvard Law Review* 40 (1936), pp. 1033, 1035; citato in Prosser, *Law of Torts*, p. 51. Vedi anche *ibid.*, pp. 49-62; Epstein, *Cases on Torts*, pp. 933-52. In generale, dobbiamo guardare con grande sospetto qualsiasi creazione di nuovi illeciti civili che non siano solamente l’applicazione di vecchi principi alle nuove tecnologie. Non vi è alcunché di nuovo o di moderno negli eccessi verbali. Entrambi gli illeciti, inflizione di un danno e invasione della privacy, sembrano parte integrante della tendenza, tipica del ventesimo secolo, a indebolire i diritti del convenuto a vantaggio di un’eccessiva tutela del ricorrente – una sistematica discriminazione che si è verificata più nei procedimenti civili che in quelli penali. Vedi Epstein, “Static Conception of the Common Law”, pp. 253-75. Vedi anche più avanti.

¹⁹ Prosser, *Law of Torts*, pp. 39-40.

²⁰ Per cui va considerata saggia la decisione del tribunale nel caso *South Brilliant Coal Co. v. Williams*: “Se Gibbs ha colpito il ricorrente con il piede, il fatto che non vi sia stato un danno fisico non può interessare il diritto. Da un punto di vista giuridico, vi è stato danno fisico, anche se non vi è stata sofferenza fisica e anche se la sensazione provata è durata un momento”. *South Brilliant Coal Co. v. Williams*, 206 Ala. 637, 638 (1921). In Prosser, *Law of Torts*, pp. 36. Vedi anche Epstein, *Cases on Torts*, pp. 903 e segg.

Supponiamo, per esempio, che Smith veda Jones che lo guarda in cagnesco dall'altra parte della strada, e supponiamo che Smith abbia una paura anormale di coloro che lo guardano di traverso. Convinto che Jones gli stia per sparare, estrae una pistola e spara a Jones nella convinzione che si tratti di autodifesa. Jones reclama per Smith un'imputazione di aggressione. Smith è stato l'aggressore e quindi dovrebbe essere responsabile? Una teoria sulla responsabilità – la teoria ortodossa sulla “persona ragionevole” o sulla “condotta ragionevole” o sulla “negligenza” – dice che egli dovrebbe essere riconosciuto responsabile, perché in una “persona ragionevole” l'esser guardato di traverso non suscita l'apprensione per un'aggressione imminente. Una teoria concorrente, in voga in passato e oggi tornata in auge – quella della “responsabilità oggettiva” [*strict liability* o *strict causal liability*] – concorda perché dovrebbe essere chiaro a un giudice o a una giuria che Jones *non* era un aggressore in azione. E ciò varrebbe a prescindere da quanto sia sincera la paura di Smith per l'attacco.

Nella teoria della “persona ragionevole” vi sono due gravi difetti: la definizione di “ragionevole” è vaga e soggettiva; e gli aggressori colpevoli non vengono puniti, mentre le loro vittime non vengono risarcite. Nel caso proposto sopra le due teorie coincidono, ma in molti altri casi no. Prendiamo, per esempio, il caso *Courvisier v. Raymond* (1896).²¹ In questo caso il convenuto, un negoziante, era minacciato da una folla tumultuante. Quando un uomo, guarda caso un poliziotto in borghese, si diresse verso il convenuto cercando di aiutarlo, il convenuto, scambiandolo per un facinoroso, sparò al poliziotto. Il negoziante avrebbe dovuto essere ritenuto responsabile?

Il tribunale di prima istanza decise correttamente – sulla base della responsabilità oggettiva – e la giuria deliberò a favore del poliziotto. Perché è chiaro che il convenuto, sparando al ricorrente, commise un'aggressione. Nella teoria della responsabilità oggettiva, il problema è il rapporto di causalità: chi ha dato inizio all'illecito o al crimine? L'argomento difensivo prevalente del convenuto fu l'invito a valutare se il ricorrente *di fatto* aveva compiuto un attacco, minacciando un imminente inizio di aggressione contro di lui. Di solito la questione per le giurie diventa di tipo fattuale: il poliziotto in borghese di fatto minacciò un'aggressione contro il negoziante? La giuria decise a favore del poliziotto.²² La corte d'appello, comunque, capovolse la decisione del tribunale di primo grado. Secondo la corte il negoziante, quando valutò, sebbene erroneamente, che il poliziotto in borghese era intenzionato ad aggredirlo, agì secondo gli standard di un “uomo ragionevole”.

Quando un'azione va considerata aggressione? Guardare in cagnesco difficilmente potrebbe esserlo. Ma se Jones avesse tirato fuori una pistola e l'avesse puntata nella direzione di Smith, anche senza fare fuoco, questa è chiaramente una minaccia di aggressione imminente, e sarebbe giusto se venisse contrastata dagli spari di Smith contro Jones per autodifesa. (In questo caso la nostra visione e la teoria dell'“uomo ragionevole” coinciderebbero di nuovo.) Il parametro di valutazione corretto per determinare se è stato raggiunto un livello tale da configurare l'aggressione è il seguente: Jones ha dato inizio a una “azione esplicita” di minaccia di aggressione? Come ha fatto notare Randy Barnett: “In una situazione in cui non vi è la completa certezza, il solo uso della forza giustificabile è quello impiegato per respingere un atto esplicito, che è qualcosa più della mera preparazione, lontana nel tempo e nello spazio, del crimine ideato. L'azione dev'essere più che “rischiosa”; deve essere compiuta con lo specifico intento di commettere un crimine e tendere direttamente a realizzarlo con un elevato grado di concretezza”.²³

²¹ *Courvisier v. Raymond*, 23 Colo. 113,47 Pac.284 (1896) e l'esame compiuto da Epstein in *Cases on Torts*, pp. 21-23; e in Richard A. Epstein, “A Theory of Strict Liability”, *Journal of Legal Studies* 2 (gennaio 1973), p. 173.

²² Con le parole di Epstein, “in base alla teoria della responsabilità oggettiva, la formulazione *prima facie* del caso è chiara: il convenuto sparò al ricorrente. L'unica difficoltà riguarda l'esistenza dell'argomento difensivo: il ricorrente aggredì il convenuto. Questa è una questione di fatto, e la giuria ritenne che in realtà il ricorrente non avesse spaventato il convenuto fino al punto di indurlo a sparare”, *ibid.*

²³ Randy E. Barnett, “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”, in *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, R. Barnett e J. Hagel (a cura di) (Cambridge, Mass.: Ballinger, 1977), p. 377. Barnett successivamente ha rilevato che il suo articolo era errato sul punto in cui fa riferimento all'“intento specifico di

Principi simili valgono per il terzo, innocente, che viene leso. Jones attacca e aggredisce Smith; Smith, per autodifesa, spara. Il colpo vagante accidentalmente colpisce Brown, un terzo innocente. Smith dev'essere considerato responsabile? Purtroppo i tribunali, aderendo alla tradizionale dottrina dell'“uomo ragionevole”, o della “negligenza”, hanno stabilito che Smith non è responsabile se ragionevolmente aveva l'intenzione di difendersi da Jones.²⁴ Ma, per la teoria libertaria e per quella della responsabilità oggettiva, Smith in realtà ha aggredito Brown, anche se involontariamente, e deve pagare per il suo illecito. Quindi Brown ha diritto a un'azione legale specifica contro Smith: poiché Jones ha coartato o attaccato Smith, anche Smith ha diritto a un'azione legale distinta e indipendente contro Jones per aggressione. Presumibilmente la responsabilità o la sanzione di Jones sarebbero notevolmente più severe di quelle di Smith.

Uno dei grandi difetti dell'approccio ortodosso della negligenza è stato quello di *concentrare l'attenzione* sul diritto all'autodifesa di una vittima (Smith) che si trova a dover respingere un'aggressione, o sul suo errore in buona fede. Ma la dottrina ortodossa sfortunatamente trascura l'altra vittima – l'uomo che guarda di traverso sull'altro lato della strada, il poliziotto in borghese che cerca di salvare qualcuno, il terzo innocente. Il diritto all'autodifesa del *ricorrente* oggi è gravemente ignorato. In tutti questi casi il punto essenziale su cui soffermarsi è: il ricorrente avrebbe avuto il diritto di bloccare il convenuto nella *sua* autodifesa? L'uomo che guarda storto, il poliziotto in borghese, il terzo innocente, se avessero potuto farlo in tempo, avrebbero avuto il diritto di sparare ai convenuti che attuavano l'autodifesa in buona fede ma sbagliando? Quale che sia la nostra teoria della responsabilità, sicuramente la risposta deve essere “sì”; quindi la supremazia spetta alla teoria della responsabilità oggettiva, che *si concentra* sul diritto all'autodifesa di tutti e non solo su quello di un particolare convenuto. Perché è chiaro che se questi ricorrenti avevano il diritto di bloccare il convenuto durante la sua autodifesa, allora vuol dire che il convenuto era stato il colpevole aggressore, indipendentemente da quanto le sue azioni possano essere state in buona fede o “ragionevoli”.

Da varie illuminanti analisi del professor Epstein, sembra evidente che nel nostro ordinamento giuridico sono intrecciate tre contrastanti teorie della responsabilità per illecito civile. La più antica, quella della *strict causal liability*, attribuiva la colpa e gli oneri in base a una causa identificabile: chi ha sparato a chi? Chi ha assalito chi? Solo la difesa della persona e della proprietà rappresentava la corretta difesa contro l'accusa di aver usato la forza. Durante il diciannovesimo secolo questa dottrina fu sostituita dalla teoria della negligenza o dell'“uomo ragionevole”, la quale proscioglieva molti convenuti, in realtà colpevoli, se le loro azioni erano giudicate ragionevoli o non mostravano un'eccessiva negligenza. Di fatto, la teoria della negligenza faceva pendere la bilancia eccessivamente a favore del convenuto e contro il ricorrente. Per contrastare ciò, la teoria moderna affermata sempre più nel ventesimo secolo, ansiosa di aiutare i ricorrenti (specialmente se sono poveri), cerca i modi per pronunciarsi contro i convenuti anche se la causa diretta dell'invasione fisica non può essere provata. Se l'antica teoria è definita “strict causal liability”, quella moderna potrebbe essere definita “responsabilità presunta”, dal momento che la presunzione sembra essere contro il convenuto, in flagrante violazione del principio del diritto penale anglo-sassone secondo cui al convenuto spetta la presunzione di innocenza.²⁵

Estendendo la nostra analisi dai crimini contro la persona ai crimini contro la proprietà, possiamo applicare la medesima conclusione: ognuno ha il diritto di difendere la sua proprietà contro un'azione esplicita intrapresa contro di essa. Non si può usare la forza contro un presunto aggressore – un violatore dei confini della propria terra o dei propri beni mobili – finché costui non dà inizio alla violenza con un'azione esplicita.

Quanta forza può usare la vittima per difendere la sua persona o la sua proprietà contro l'invasione? Qui dobbiamo respingere come irrimediabilmente inadeguata la dottrina giuridica

commettere un crimine”; l'enfasi, più che sull'intenzione, va posta sull'*azione* che costituisce un crimine o un illecito civile.

²⁴ Vedi *Morris v. Platt*, 32 Conn. 75 (1864), e l'esame compiuto da Epstein in *Cases on Torts*, pp. 22-23.

²⁵ Sulla relazione fra diritto penale e civile, vedi la sezione “Far confluire i crimini negli illeciti civili”.

corrente secondo cui egli può usare solo una forza “ragionevole”, un criterio che nella maggior parte dei casi ha ridotto a zero il diritto della vittima di difendere se stessa.²⁶ Nel diritto oggi vigente, a una vittima di aggressione è consentito usare la forza massima, o “letale”, solo a) in casa sua, e solo se è in corso un attacco personale diretto; o b) se non c’è alcun modo di fuggire quando si è oggetto di un’aggressione personale. Tutto ciò è una pericolosa assurdità. *Qualsiasi* aggressione personale potrebbe risolversi in un’uccisione; la vittima non ha modo di sapere se l’aggressore si fermerà senza infliggerle una grave lesione oppure no. Alla vittima dovrebbe essere consentito di agire sul presupposto che *qualsiasi* attacco è implicitamente mortale, e quindi di usare in risposta una forza mortale.

Nel diritto contemporaneo, la vittima si trova in situazioni anche peggiori quando le capita di dover difendere l’integrità della sua terra o dei suoi beni mobili. In relazione a ciò, non le è nemmeno consentito di usare una forza letale per difendere la propria casa, e ancor meno per difendere la terra e gli altri beni. La ragione sembra essere la seguente: dal momento che a una vittima non sarebbe consentito di uccidere un ladro che le ruba l’orologio, quindi essa non dovrebbe poter sparare al ladro mentre compie l’azione del furto o durante l’inseguimento. Tuttavia sanzione e difesa della persona o della proprietà non sono la stessa cosa, e devono essere trattate in maniera differente. La sanzione è un atto punitivo compiuto dopo che il crimine è stato commesso e il criminale catturato, processato e condannato. La difesa mentre il crimine è in corso, o finché il bene non è stato recuperato e il criminale catturato, è una questione molto diversa. La vittima dovrebbe avere il diritto di usare una forza di qualsiasi entità, compresa la forza letale, per difendere o recuperare la sua proprietà, purché il crimine *sia in corso* – cioè finché il criminale non sia catturato e debitamente processato sulla base delle procedure stabilite dalla legge. In altre parole, la vittima dovrebbe poter sparare ai ladri.²⁷

Il giusto grado di rischio

Concludiamo dunque che nessuno può usare la forza per difendere se stesso o la sua proprietà finché non abbia inizio un esplicito atto di aggressione contro di lui. Si potrebbe obiettare: questa dottrina non impone a tutti un rischio eccessivo?

La risposta fondamentale è che la vita è sempre rischiosa e incerta e non v’è modo di eludere questo fatto primordiale. Qualsiasi alleggerimento dell’onere del rischio per una persona comporta semplicemente che esso si posi su qualcun altro. Quindi, se la nostra dottrina rende più rischioso aspettare che qualcuno dia inizio a un’aggressione contro di voi, rende anche la vita *meno* rischiosa, perché, se siete non-aggressori, siete più sicuri del fatto che nessuna presunta vittima impaurita vi balzerà addosso per una ipotizzata “autodifesa”. Non v’è modo in cui il diritto possa ridurre il rischio in assoluto; allora diventa importante usare qualche altro principio per stabilire i limiti alle azioni consentite, e quindi distribuire gli oneri del rischio. L’assioma libertario secondo cui tutte le azioni sono permesse tranne gli atti espliciti di aggressione offre tale base teorica per la ripartizione del rischio.

Vi sono ragioni più profonde per le quali i rischi nella loro totalità non possono essere ridotti o minimizzati attraverso un’azione giuridica esplicita. Il rischio è un concetto soggettivo, unico per ciascun individuo; quindi non può essere assegnato in una forma quantitativa misurabile. Per cui il grado quantitativo di rischio di una persona non può essere confrontato con quello di un’altra, e non

²⁶ Mentre il diritto contemporaneo discrimina contro i convenuti nelle questioni economiche, discrimina pesantemente contro la vittima quando usa personalmente la forza per scopi di autodifesa. In altre parole, allo stato è consentito un uso eccessivo della forza, attraverso i tribunali, nelle questioni economiche (in cui le imprese o i ricchi sono i convenuti), ma alle singole vittime l’uso della forza, anche minima, è a malapena consentito.

²⁷ Per lo stato attuale della dottrina giuridica, vedi Prosser, *Law of Torts*, pp. 108-25, 134 segg. Come rileva Epstein, basare i limiti all’autodifesa sulla punizione consentita dal sistema giuridico implicherebbe che, nelle giurisdizioni che hanno abolito la pena di morte, nessuno potrebbe usare una forza letale anche per autodifesa contro un’aggressione mortale. Finora i tribunali non hanno voluto accogliere questa *reductio ad absurdum* della loro posizione. Epstein, *Cases on Torts*, p. 30.

si può ottenere una misura complessiva del rischio sociale. Come concetto quantitativo, il rischio complessivo o sociale non è meno privo di significato del concetto di “costi sociali” o “benefici sociali” proposto dagli economisti.

In un mondo libertario, allora, ognuno assumerebbe il “giusto grado di rischio”²⁸ in quanto essere umano libero e responsabile di se stesso. Sarebbe il rischio intrinseco a ogni persona e alla sua proprietà. Naturalmente gli individui potrebbero volontariamente condividere i loro rischi, come avviene nelle varie forme di assicurazione, in cui i rischi sono ripartiti e dal fondo conferito vengono prelevate le somme a beneficio degli sfortunati. Oppure gli speculatori potrebbero volontariamente assumere i rischi di cambiamenti nei prezzi futuri di cui altri si sono sbarazzati attraverso operazioni di copertura sul mercato. Oppure, una persona potrebbe assumere i rischi di un'altra dietro pagamento, come avviene nel caso della garanzia o delle altre forme di obbligazione. Ciò che non sarebbe possibile è che un gruppo si unisca e decida che un altro gruppo debba essere costretto ad assumere i suoi rischi. Se un gruppo, ad esempio, costringe un secondo gruppo a garantire i redditi del primo, i rischi del secondo gruppo vengono notevolmente aumentati, a danno dei loro diritti individuali. A lungo andare ovviamente l'intero sistema potrebbe crollare, perché il secondo gruppo può offrire garanzie solo al di fuori della propria produzione e dei propri redditi, che sono destinati a ridursi man mano che il peso del parassitismo sociale si estende e paralizza la società.

Il giusto onere della prova

Se il giusto grado di rischio di ogni uomo è di evitare la coercizione a meno che non sia stato intrapreso un atto esplicito contro la sua persona o la sua proprietà²⁹, allora qual è il giusto onere della prova contro un convenuto?

Per prima cosa, in base ai principi libertari deve operare qualche standard razionale relativo alla prova. Supponiamo che l'assioma fondamentale del libertarismo – nessun inizio della violenza contro la persona o la proprietà – venga rigorosamente applicato in tutti i procedimenti giudiziari. Ma supponiamo che l'unico criterio di prova sia che tutte le persone di altezza inferiore a un metro e ottanta centimetri siano considerate colpevoli mentre tutte le persone più alte di un metro e ottanta siano ritenute innocenti. È chiaro che questi standard procedurali di prova sarebbero in diretta e flagrante violazione dei principi libertari. Sarebbero tali anche criteri di prova in cui eventi irrilevanti o casuali decidessero la controversia, come i giudizi medievali tramite ordalia o i giudizi basati sulle foglie di tè o sulle carte astrologiche.

Da un punto di vista libertario, allora, la giusta procedura richiede una prova razionale ai fini della colpevolezza o dell'innocenza delle persone accusate di illecito civile o penale. I fatti devono essere prove che dimostrano una catena causale diretta di atti di invasione della persona o della proprietà. La prova deve configurarsi in maniera tale da dimostrare che l'aggressore A di fatto ha dato inizio a un'azione fisica esplicita di invasione della persona o della proprietà della vittima B.³⁰

²⁸ Questo è lo stesso concetto, ma con un nome differente, contenuto nella pionieristica espressione di Williamson Ever, “la giusta assunzione di rischio”. L'espressione attuale evita la confusione con il concetto di “assunzione del rischio” nel diritto dell'illecito civile, che si riferisce al rischio volontariamente assunto da un ricorrente e che quindi blocca i tentativi di azione contro il convenuto. Il “giusto grado di rischio” è correlato a tale concetto giuridico ma si riferisce al livello di rischio che *dovrebbe* essere assunto da ciascun individuo in accordo con la natura dell'uomo e con una società libera, anziché al livello di rischio che sia stato volontariamente assunto dal ricorrente. Vedi Rothbard, “Nozick and the Immaculate Conception of the State”, pp. 49-50.

²⁹ O un atto esplicito contro qualcun altro. Se è legittimo che una persona difenda se stesso o la sua proprietà, allora è parimenti legittimo che egli si rivolga ad altre persone o agenzie che lo aiutino in tale difesa, o che paghi in cambio di tale servizio di difesa.

³⁰ Thayer, nel suo trattato sulla prova, un classico, scrisse: “C'è un principio è [...] un presupposto implicito nella concezione di un sistema razionale di prova che impedisce di accogliere qualunque cosa sia irrilevante, non probativa sul piano logico”, Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* (1898), pp. 264 e segg, citato in *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, E.W. Cleary (a cura di), 2nd ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1972), p. 433.

A chi, dunque, dovrebbe spettare l'onere della prova nei vari singoli casi? E quale criterio o standard probatorio dovrebbe essere soddisfatto?

Il principio libertario fondamentale è che ad ognuno dovrebbe essere consentito di fare ciò che vuole tranne che compiere un'azione esplicita di aggressione contro qualcun altro. Ma cosa dire delle situazioni in cui non è chiaro se una persona stia compiendo o no un'aggressione? In quei casi la sola procedura conforme ai principi libertari è di non fare nulla; fare l'impossibile per garantire che l'agenzia giudiziaria non stia coartando un innocente.³¹ Se non siamo sicuri, è molto meglio lasciare che un atto aggressivo resti impunito anziché imporre la coercizione e quindi compiere noi un'aggressione.³² Un principio fondamentale del giuramento di Ippocrate, “come minimo, non recar danno”, dovrebbe essere applicato anche alle agenzie giuridiche o giudiziarie.

In ogni caso giudiziario, quindi, vi deve essere la presunzione che ogni convenuto è innocente fino a prova contraria, e l'onere della prova deve spettare in pieno al ricorrente.³³

Se dobbiamo sempre enfatizzare il *laissez-faire*, allora ne segue che non bisogna consentire che uno standard probatorio attenuato come la “preponderanza delle prove”^{*} sia utilizzato per la dimostrazione di colpevolezza. Se il ricorrente produce prove giudicate in qualche senso corrispondenti a un semplice 51 per cento a favore della colpevolezza del convenuto, ciò, come giustificazione per l'uso della forza da parte del tribunale contro il convenuto, è poco più di una probabilità accidentale. La presunzione di innocenza, dunque, deve determinare uno standard probatorio di gran lunga superiore.

Oggi la “preponderanza delle prove” è usata per deliberare in materia civile, mentre in materia penale è utilizzato uno standard molto più severo, perché le sanzioni penali sono molto più gravi. Ma, per i libertari, il metro della colpevolezza non dev'essere dato dal livello della sanzione; indipendentemente dalla sanzione, la colpevolezza riguarda una coercizione di qualche tipo imposta al convenuto condannato. I convenuti meritano la stessa protezione sia negli illeciti civili sia nei casi penali.³⁴

Alcuni giudici, giustamente impressionati dalla visione dominante secondo cui un semplice 51 per cento della prova può bastare per condannare, hanno cambiato il criterio per assicurare che chiunque giudichi la causa – giudice o giuria – sia *convinto* della colpevolezza in base alla prevalenza fra le fonti probatorie. Un criterio più soddisfacente, comunque, è che il giudice debba essere convinto della colpevolezza del convenuto in base a “prove chiare, forti e convincenti”.³⁵ Fortunatamente negli ultimi anni nelle cause civili è stato usato questo criterio. Ancora migliori,

³¹ Benjamin R. Tucker, il principale pensatore anarchico individualista della fine del diciannovesimo secolo, scrisse: “Divieto dell'uso della forza, tranne che contro l'aggressore; e in quei casi in cui è difficile dire se il presunto reo sia un aggressore o no, ancora divieto dell'uso della forza tranne nei casi in cui la necessità della soluzione immediata è così stringente che dobbiamo usare la forza per salvare noi stessi.” Benjamin R. Tucker, *Instead of a Book* (New York: B.R. Tucker, 1893), p. 98. Vedi anche *ibid.*, pp. 74-75.

³² Cleary fissa il punto molto bene, anche se purtroppo lo applica solo al diritto penale: “La società ha ritenuto che è molto peggio che un innocente sia giudicato colpevole di un crimine che non che un colpevole sia assolto [...] Di conseguenza, come ha stabilito la Corte Suprema riconoscendo l'ineluttabilità dell'errore nei processi penali [...] questo margine di errore è ridotto per il convenuto grazie al procedimento consistente nell'assegnare all'altra parte l'onere [...] di persuadere l'inquirente a conclusione del processo della sua colpevolezza oltre un ragionevole dubbio. Nel fare ciò, il tribunale ha davanti a sé il meritorio obiettivo di ridurre il numero di errori relativi alla condanna di un innocente” *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, pp. 798-99.

³³ L'onere della prova ricade sul ricorrente anche nel diritto contemporaneo. Cleary scrive: “In relazione alla maggior parte dei fatti, gli oneri della persuasione e della prova sono stati e dovrebbero essere assegnati al ricorrente, che generalmente cerca di cambiare lo stato di cose presente e che quindi dovrebbe naturalmente assumere il rischio del fallimento della prova o della persuasione”. *Ibid.*, p. 786. Cleary parla anche della “naturale tendenza di assegnare gli oneri alla parte che desidera il mutamento”. *Ibid.*, pp. 788-89.

^{*} Il paradigma della *preponderance of evidence*, utilizzato per il diritto civile, è uno standard meno rigoroso di “al di là di ogni ragionevole dubbio” (*beyond any reasonable doubt*), richiesto invece nel diritto penale. Nella “preponderanza delle prove”, per la colpevolezza è sufficiente un convincente ammontare di prove a carico (il criterio che vige è “più probabile che no”), anche se resta lo spazio per ragionevoli dubbi [N. d. T.].

³⁴ Vedi la sezione “Far confluire i crimini negli illeciti civili”.

³⁵ Vedi *McCormick's Handbook of Evidence*, pp. 794 e segg.

perché più forti, erano le formulazioni di alcuni giudici, in genere respinte, come prove “chiare, positive e inequivocabili”, e la tesi di un giudice secondo cui l’espressione significa che i ricorrenti “devono...persuaderti al livello della certezza morale”.³⁶

Ma lo standard migliore per qualsiasi prova di colpevolezza è quello comunemente usato nel diritto penale: prova “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Ovviamente, nel valutare le azioni umane, *qualche* dubbio quasi sempre resterà, così che uno standard tipo “al di là di un briciolo di dubbio” sarebbe irrimediabilmente irrealistico. Ma il dubbio deve rimanere così piccolo che qualsiasi “persona ragionevole” sarà convinta della colpevolezza del convenuto. La condanna per una colpevolezza “al di là di ogni ragionevole dubbio” sembra lo standard più adeguato ai principi libertari.

Lysander Spooner, eminente costituzionalista libertario del diciannovesimo secolo, era un ardente sostenitore dello standard “al di là di ogni ragionevole dubbio” per tutti i tipi di colpevolezza: “le vite, le libertà e le proprietà degli uomini valgono tanto per loro, e la naturale presunzione a esse favorevole è troppo forte per giustificare la loro distruzione da parte di altri individui sulla base di un semplice equilibrio delle probabilità, *o su qualsiasi base diversa dalla certezza al di là di ogni ragionevole dubbio*” (corsivo di Spooner).³⁷

Sebbene il criterio del ragionevole dubbio generalmente non sia stato utilizzato in materia civile, esistono però alcuni precedenti a sostegno di questa proposta apparentemente audace e scioccante. Ad esempio, in una causa di verifica dell’autenticità di un testamento, in cui si reclamava un regalo promesso oralmente, il tribunale stabilì che il presunto regalo “deve essere provato attraverso una testimonianza efficace, chiara e conclusiva che convinca il tribunale della sua veridicità al di là di ogni ragionevole dubbio”. E in una richiesta di modifica di un contratto scritto, il tribunale stabilì che l’errore dev’essere “riconosciuto da una prova così forte e conclusiva da risultare al di là di ogni ragionevole dubbio”.³⁸

Causalità diretta

Ciò che il ricorrente deve quindi provare al di là di ogni ragionevole dubbio è la connessione causale diretta fra il convenuto e la sua aggressione contro il ricorrente. Egli deve provare, in breve, che A ha effettivamente “causato” un’invasione della persona o della proprietà di B.

In una brillante analisi sul rapporto di causalità nel diritto, il professor Epstein ha dimostrato che la sua teoria della responsabilità diretta per illecito civile è intimamente connessa a un’interpretazione di buonsenso, diretta, immediata, del concetto di “causa”. In una visione del diritto basata sulla responsabilità oggettiva le proposizioni causali hanno la seguente forma: “A ha percosso B”, “A ha minacciato B”, o “A ha costretto B a percuotere C”. Invece, la teoria ortodossa sull’illecito civile, ponendo l’accento sulla responsabilità per “negligenza” più che per un’azione aggressiva diretta, si è ingarbugliata in teorie della “causa” vaghe e complesse, molto lontane dalla tipologia di senso comune “A ha percosso B”. La teoria della negligenza postula una nozione vaga, “filosofica” di “causa di fatto” [*cause in fact*]* che in pratica incolpa tutti e nessuno per qualsiasi azione, passata, presente e futura, e quindi, nel caso particolare, riduce la causa, in una maniera vaga e insoddisfacente, alla “causa immediata”. Il risultato, come acutamente fa rilevare Epstein, è

³⁶ Ibid., p. 796. Qui dobbiamo plaudire ai disprezzati giudici dei processi *Molyneux v. Twin Falls Canal Co.*, 54 Idaho 619, 35 P. 2d 651, 94 A.L.R. 1264 (1934) e *Williams v. Blue Ridge Building & Loan Assn.*, 207 N.C. 362, 177 S.E. 176 (1934).

³⁷ C. Shively (a cura di), *Collected Works of Lysander Spooner* (Weston, Mass.: M. and S. Press, 1971), 2, pp. 208-9. Si deve rilevare che anche Spooner non faceva distinzione fra materia civile e penale. Devo a Williamson Evers questa notazione.

³⁸ *St. Louis Union Co. v. Busch*, 36 Mo. 1237, 145 S.W. 2d426, 430 (1940); *Ward v. Lyman*, 108 Vt 464, 188 A. 892, 893 (1937). *McCormick’s Handbook of Evidence*, pp. 797, 802.

di corrompere completamente il concetto di causa e di lasciare i tribunali liberi di giudicare i casi arbitrariamente e secondo le loro visioni socio-politiche.³⁹

Per stabilire la colpevolezza e la responsabilità, la causalità diretta di un'aggressione che genera un danno deve soddisfare il rigido criterio della prova al di là di ogni ragionevole dubbio. La sensazione, la congettura, la plausibilità o anche la semplice probabilità non sono sufficienti. Negli ultimi anni è stata usata frequentemente la correlazione statistica, ma essa non può stabilire un rapporto di causalità, sicuramente non ai fini di una rigorosa prova giuridica di colpevolezza o di danno. Quindi, se i casi di cancro al polmone sono più numerosi fra i fumatori che fra i non fumatori, in sé questa circostanza non rappresenta una prova di connessione causale. Il fatto stesso che molti fumatori non contraggono mai il cancro al polmone e che molti malati di cancro al polmone non hanno mai fumato dimostra che agiscono altre complesse variabili. E quindi, sebbene la correlazione sia suggestiva, non basta per fondarvi una prova medica o scientifica; *a fortiori* vi si può fondare ancor meno qualsiasi sorta di colpevolezza (come se, per esempio, una moglie che ha contratto il cancro a un polmone dovesse intentare causa al marito per il fatto di fumare e quindi per aver danneggiato i suoi polmoni).⁴⁰

Relativamente a un processo in cui il ricorrente intentò causa per un danno di inquinamento dell'aria, Milton Katz fa notare: "Supponiamo che il ricorrente esigesse il riconoscimento di un danno grave: enfisema, magari, o cancro a un polmone, o bronchite o qualche altra malattia ai polmoni equivalente per gravità. Egli avrebbe il problema di provare l'esistenza di una relazione di causalità...Le diagnosi della medicina sembrano aver concluso che il biossido di zolfo e altri inquinanti spesso giocano un ruolo significativo nell'eziologia dell'enfisema e delle altre forme di malattia ai polmoni. Ma essi non sono affatto gli unici possibili fattori causali. L'enfisema e il cancro ai polmoni sono malattie complesse che possono avere origine da un'ampia varietà di cause: ad esempio, il fumo delle sigarette, per indicare un esempio noto. Se e quando il ricorrente dovesse avere successo nel dimostrare che la condotta del convenuto ha inquinata l'aria di casa sua, da ciò non seguirebbe che l'inquinamento ha causato la sua malattia. Il ricorrente dovrebbe ancora sopportare l'ulteriore onere di provare l'eziologia della sua malattia al polmone".⁴¹

Dunque, deve esistere una connessione causale diretta fra aggressore e vittima, e questa connessione deve essere dimostrabile al di là di ogni ragionevole dubbio. Deve costituire una

* La *cause-in-fact* è determinata dal test del "se non fosse stato per" ("*but for*" test): se non vi fosse stato quel dato comportamento, l'evento non si sarebbe verificato. Invece la causa immediata (*proximate cause*) è un'azione sufficientemente correlata al danno che ne consegue [N. d. T.].

³⁹ Secondo Epstein: "Una volta stabilito che il termine "connessione di causalità" non ha un contenuto robusto, i tribunali, dietro la maschera della dottrina della "causa immediata", sono liberi di decidere i singoli processi in base ai principi di "politica sociale". Epstein, "A Theory of Strict Liability", p. 163. Concetti nebulosi e inservibili come "fattore sostanziale" in un danno o "ragionevolmente prevedibile" si sono rivelati di scarso aiuto nel guidare le decisioni sulla "causa immediata". Per un'eccellente critica del test "se non" per la "causa di fatto" nella teoria della negligenza, così come del tentativo dei posneriani della scuola di Chicago di eliminare del tutto il concetto di causa, si veda *ibid.*, pp. 160-62, 163-66.

⁴⁰ Sorgono problemi ancora maggiori con l'altra questione: se un fumatore di lunga data che contrae un cancro al polmone debba intentare una causa all'azienda produttrice di sigarette. Circostanza importante è che il fumatore aveva volontariamente assunto il rischio, e quindi tale situazione non potrebbe essere affatto definita aggressione o illecito civile. Come scrive Epstein, "E se il ricorrente durante la sua vita ha fumato marche di sigarette diverse? O ha vissuto sempre in una città inquinata? E se il ricorrente superasse l'ostacolo relativo alla connessione causale, riuscirà a superare la difficoltà dell'assunzione del rischio?", Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Vedi anche Richard A. Wegman, "Cigarettes and Health: A Legal Analysis," *Cornell Law Quarterly* 51 (Summer 1966): 696-724. Un caso particolarmente interessante di illecito relativo al cancro che è istruttivo sulla questione della causalità diretta è *Kramer Service Inc. v. Wilkins* 184 Miss. 483, 186 So. 625 (1939), in Epstein, *Cases on Torts*, p. 256. Il tribunale ricapitolò il corretto status della prova causale in ambito medico in *Daly v. Bergstedt* (1964), 267 Minn. 244, 126 N. W. 2d 242. In Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Vedi anche l'eccellente discussione di Epstein, *ibid.*, relativa a *DeVere v. Parten* (1946), in cui la ricorrente fu opportunamente bocciata nel suo tentativo di ottenere che il convenuto fosse responsabile per una malattia da lei contratta.

⁴¹ Milton Katz, "The Function of Tort Liability in Technology Assessment," *Cincinnati Law Review* 38 (Fall 1969): 620.

connessione causale secondo il concetto diffuso di prova diretta del tipo “A ha percosso B”, non una mera probabilità o correlazione statistica.

Responsabilità soltanto dell’aggressore

Nella teoria della responsabilità diretta si dovrebbe assumere che, se “A ha percosso B”, allora A è l’aggressore e quindi A e solo A è responsabile nei confronti di B. Eppure è sorta e ha trionfato la dottrina giuridica - sostenuta anche dal professor Epstein – secondo cui talvolta C, innocente e non aggressore, è *anch’egli* ritenuto responsabile. È la nota teoria della “responsabilità indiretta”.

La responsabilità indiretta si affermò nel diritto medievale, in cui il padrone era responsabile per gli illeciti commessi dai suoi servitori, dai servi della gleba, dagli schiavi e dalla moglie. Con lo sviluppo dell’individualismo e del capitalismo, il *common law* cambiò e la responsabilità indiretta scomparve nel sedicesimo e diciassettesimo secolo, quando si concluse che “il padrone non dovrebbe essere responsabile per gli illeciti del suo servitore a meno che egli non abbia ordinato quella particolare azione”.⁴²

A partire dal diciottesimo e diciannovesimo secolo, comunque, la responsabilità indiretta dei padroni o dei datori di lavoro ritorna a tutta forza. Se l’illecito è commesso dal dipendente mentre svolge, anche solo in parte, l’attività economica del suo datore di lavoro, allora è responsabile anche quest’ultimo. L’unica eccezione si ha quando il dipendente commette “una briconata per proprio conto” senza relazione con l’attività economica del proprietario. Prosser scrive: “Il fatto che l’azione del dipendente sia espressamente vietata dal datore di lavoro, o venga fatta in una maniera che questi ha proibito, [...] generalmente non è conclusivo, e in sé non evita che un’azione sia considerata interna agli scopi dell’attività lavorativa svolta [e quindi rende il datore di lavoro responsabile]. Un proprietario non può evitare la responsabilità solo ordinando al suo dipendente di agire con diligenza [...] Quindi le istruzioni a un commesso di non caricare una pistola mentre la si mostra al cliente non eviteranno la responsabilità del proprietario qualora il commesso lo faccia, nel tentativo di vendere la pistola [...] Per quanto specifici, dettagliati ed energici possano esser stati i suoi ordini, il titolare non può evitare la responsabilità. Questo è stato chiaro a partire dalle sentenze inglesi che furono da precedente (*Limpus v. London General Omnibus Co.*, [1862] 1H. & C. 526, 158 Eng. Rep. 993), in cui un’azienda di trasporti fu ritenuta responsabile nonostante i precisi ordini rivolti al conducente di non ostruire il passaggio agli altri veicoli”.⁴³

Di più: il proprietario oggi è considerato responsabile anche degli illeciti intenzionalmente commessi dal dipendente senza il consenso del proprietario: “In generale, il proprietario è ritenuto responsabile di qualsiasi illecito intenzionale commesso dal suo dipendente laddove il fine di costui, per quanto mal eseguito, sia rivolto in tutto o in parte a far progredire l’impresa del proprietario. Quindi egli sarà ritenuto responsabile qualora il conducente del suo bus faccia cadere un bus concorrente in un fossato, o aggredisca un contravventore per cacciarlo dal bus, o un venditore dica cose false dei prodotti che sta vendendo”.⁴⁴

Prosser è giustamente sprezzante nei confronti del contorto ragionamento attraverso il quale i tribunali hanno cercato di giustificare un istituto giuridico così ostile al libertarismo, all’individualismo e al capitalismo, e adatto solo a una società precapitalistica. “Per giustificare la responsabilità indiretta del proprietario è stato addotto un gran numero di ingegnose ragioni: egli possiede un “controllo”, più o meno fittizio, sul comportamento del dipendente; egli ha “dato vita all’attività nel suo complesso” e quindi è responsabile di ciò che è accaduto; egli ha scelto il dipendente e gli ha dato fiducia, e quindi dovrebbe pagare per i suoi errori, anziché far pagare un estraneo innocente che non ha avuto alcuna possibilità di proteggere se stesso; è un grande privilegio che a una persona sia consentito di assumerne un’altra, e come prezzo da pagare dovrebbe essere imposta una corrispondente responsabilità [...] La maggior parte dei tribunali non

⁴² Prosser, *Law of Torts*, p. 458.

⁴³ *Ibid.*, p. 461.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 464.

ha fatto alcuno sforzo, o lo ha fatto molto piccolo, per motivare le sentenze, e si sono rifugiati in espressioni alquanto vuote, come [...] la formula, continuamente ripetuta, “respondeat superior”, che in sé significa nient’altro che “cerca la persona più alta in grado”.⁴⁵

Come segnala Prosser, di fatto la sola vera motivazione della responsabilità indiretta è che i datori di lavoro in genere hanno più denaro dei dipendenti, e quindi diventa più conveniente (se non si è datori di lavoro) rifilare la responsabilità alla classe più ricca. Con le ciniche parole di Thomas Baty: “in realtà, la ragione della responsabilità ai datori di lavoro è che il risarcimento è prelevato da una tasca capiente”.⁴⁶

È sfavorevole anche la lucida critica del giudice Holmes: “Io ritengo che il senso comune si opponga a che una persona paghi per l’errore di un’altra, a meno che egli non abbia effettivamente indotto a commettere l’errore [...] Quindi ritengo che il senso comune sia avverso alla teoria della rappresentanza”.⁴⁷

In una teoria della responsabilità causale diretta, ci si aspetterebbe che la responsabilità indiretta venisse respinta senza tanti complimenti. È quindi sorprendente vedere il professor Epstein violare lo spirito della sua stessa teoria. Egli sembra disporre di due argomenti a difesa della dottrina del *respondeat superior* e della responsabilità indiretta. Il primo, curioso, è che “così come il datore di lavoro si avvantaggia e beneficia dei guadagni derivanti dalle attività del suo dipendente, allo stesso modo gli si dovrebbe imporre di sopportare le perdite derivanti da tali attività”.⁴⁸ Questa affermazione dimostra di non aver compreso la natura dello scambio volontario: sia il lavoratore sia il datore di lavoro beneficiano dal contratto di lavoro. In più, il datore di lavoro sopporta le “perdite” nel caso in cui vada a finire che la sua produzione (e, quindi, le sue risorse) siano impiegate male. Supponiamo che il datore di lavoro commetta un errore e assuma una persona incompetente, che viene pagata \$10.000. Il datore di lavoro può licenziare questo lavoratore, ma lui, e solo lui, subisce la perdita di \$10.000. Dunque, non sembra sussistere alcuna ragione legittima per imporre al datore di lavoro il costo *addizionale* derivante dal comportamento illecito del suo dipendente.

Il secondo argomento di Epstein è contenuto nella frase: “L’azienda X mi ha danneggiato perché il suo dipendente lo ha fatto nel corso della sua attività lavorativa”. Qui Epstein commette un errore di realismo concettuale, in quanto presuppone che un’“azienda” effettivamente esista, e che abbia compiuto un atto di aggressione. In realtà un’“azienda” non agisce; solo gli individui agiscono, e ciascuno dev’essere responsabile per le proprie azioni e solo per esse. Epstein può irridere la posizione di Holmes in quanto basata sulla “premessa ottocentesca secondo cui solo la condotta individuale era la base della responsabilità individuale”, ma resta il fatto che Holmes aveva ragione.⁴⁹

La teoria del giusto titolo di proprietà: *homesteading*

Vi sono due fondamentali principî su cui si basa la teoria libertaria del giusto titolo di proprietà: a) Ognuno ha il diritto di proprietà assoluto sul proprio corpo; e b) ognuno ha il diritto di proprietà assoluto sulle risorse naturali inutilizzate (terra) che occupa per primo e mette a frutto (con le parole di Locke, “mescolando il proprio lavoro con la terra”).

Relativamente alle risorse naturali, il principio “la proprietà con la prima utilizzazione” è anche comunemente definito “principio dell’occupazione originaria” [*homesteading*]. Se ognuno è proprietario della terra “con cui mescola il proprio lavoro”, allora è proprietario del prodotto di quella commistione, e ha il diritto di scambiare i titoli di proprietà con altri, analoghi produttori. Ciò

⁴⁵ Ibid., p. 459.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Nei suoi articoli su “Agency” in *Harvard Law Review*. Vedi Epstein, *Cases on Torts*, p. 705.

⁴⁸ Ibid., p. 707.

⁴⁹ Ibid., p. 705.

costituisce il diritto di libero contratto nel senso del trasferimento dei titoli di proprietà. Ciò rappresenta anche il diritto di donare tali titoli, come avviene nel regalo o nell'eredità.

Molti pensano all'occupazione originaria delle risorse inutilizzate nel modo tradizionale del disboscamento di un pezzo di terra libera e della coltivazione del suolo. Vi sono comunque forme di *homesteading* più sofisticate e moderne, che dovrebbero consentire l'istituzione di un diritto di proprietà. Supponiamo, ad esempio, che venga realizzato un aeroporto, e attorno a esso vi sia una gran quantità di terreni non edificati. Ipotizziamo che l'aeroporto diffonda un rumore del livello di X decibel, con le onde acustiche che viaggiano sui terreni vuoti. Successivamente un'impresa edile acquista i terreni adiacenti all'aeroporto. Qualche tempo dopo, i proprietari intentano causa all'aeroporto perché l'eccessivo rumore interferisce con l'uso e il godimento silenzioso delle case.

Il rumore eccessivo può essere considerato una forma di aggressione, ma in questo caso l'aeroporto ha già occupato per primo un valore di X decibel di rumore. Grazie alla sua antecedente rivendicazione, l'aeroporto ora "ha il diritto" di emettere X decibel di rumore nell'area circostante. In termini giuridici, possiamo quindi dire che l'aeroporto, attraverso l'*homesteading*, ha acquisito un *diritto di servitù* a creare X decibel di rumore. Questa servitù acquisita con l'*homesteading* è un esempio dell'antico concetto giuridico di "prescrizione acquisitiva", in cui una certa attività fa acquisire un diritto di proprietà prescrittivo alla persona che intraprende l'azione.*

D'altra parte, se l'aeroporto comincia ad aumentare i livelli di rumore, allora i proprietari delle case potrebbero intentare una causa o diffidare l'aeroporto per l'aggressione acustica rappresentata dai decibel in più, che non erano stati acquisiti originariamente (*homesteaded*). Ovviamente se un nuovo aeroporto viene costruito e comincia a diffondere un rumore di X decibel sulle case circostanti già esistenti, l'aeroporto diventa totalmente responsabile dell'invasione acustica.

Dovrebbe risultare chiaro che la medesima teoria andrebbe applicata all'inquinamento dell'aria. Se A sta causando l'inquinamento dell'aria di B, e ciò può essere provato oltre ogni ragionevole dubbio, allora questa è un'aggressione e dovrebbe essere proibita e i danni andrebbero risarciti secondo il principio della responsabilità oggettiva, a meno che A non si fosse insediato in quel luogo anteriormente e non avesse già inquinato l'aria prima che la proprietà di B fosse sorta. Per esempio, se una fabbrica posseduta da A originariamente inquinava una proprietà inutilizzata, fino a un certo ammontare X di sostanza inquinante, allora si può dire che A ha *homesteaded* una *servitù di inquinamento* di un certo grado e tipo.

Data l'esistenza di una servitù prescrittiva, nel decidere i suoi limiti in genere i tribunali hanno operato correttamente. In *Kerlin v. Southern Telephone and Telegraph Co.* (1941), un'azienda di servizio pubblico aveva mantenuto una servitù prescrittiva di pali e fili telefonici sul terreno di un altro soggetto (definito, nel linguaggio giuridico, "proprietà servente" [*servient estate*]). L'azienda voleva stendere altri due fili e la proprietà servente contestò il suo diritto a farlo. Il tribunale decise correttamente che l'azienda ne aveva il diritto perché non veniva progettato alcuno spostamento dei "confini esterni dello spazio utilizzato dal possessore della servitù". Invece, in un'antica causa inglese fu deciso che una servitù istituita per far transitare carretti non poteva essere successivamente usata per il trasferimento del bestiame.⁵⁰

Purtroppo, relativamente alla servitù di rumori o di inquinamento, i tribunali non hanno rispettato il concetto di *homestead*. Il caso classico è *Sturgis v. Bridgman* (1879) in Inghilterra. Il ricorrente, un medico, aveva acquistato il terreno nel 1865; nella proprietà confinante il convenuto, un farmacista, usava un mortaio con pestello, che causava vibrazioni alla proprietà del medico. Non vi furono problemi finché il medico non costruì, 10 anni dopo, un locale per ricevere i pazienti. Quindi intentò una causa per far smettere il farmacista, asserendo che il lavoro di questo rappresentava una molestia. Il convenuto giustamente sostenne che le vibrazioni esistevano prima della costruzione del

* Più precisamente, la *prescription* è una servitù su una proprietà altrui acquisita in seguito all'uso continuato, senza che vi sia un permesso esplicito del proprietario. Il periodo di tempo è stabilito dalla legge [N. d. T.].

⁵⁰ *Kerlin v. Southern Telephone & Telegraph Co.* (Ga.), 191 Ga. 663, 13 S.E. 2d 790 (1941); *Ballard v. Dyson* (1808) 1 Taunt. 279, 127 Eng. Rep. 841. In William E. Burby, *Handbook of the Law of Real Property*, 3rd ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1965), pp. 84-85.

locale, che quindi esse non costituivano una molestia ed egli aveva perciò un diritto prescrittivo a proseguire la sua attività. Nondimeno, la rivendicazione del convenuto fu respinta.

Di conseguenza ci troviamo in una situazione ingiusta, rappresentata dai cambiamenti forzosi del carattere di un'attività economica e dalla mancata prescrizione acquisitiva in base alla prima utilizzazione. Per cui Prosser nota che “il carattere di un dato territorio può cambiare con il passare del tempo e l'industria insediata in aperta campagna può diventare una molestia, o le può essere imposta la modifica del tipo di attività, quando attorno a essa sorgono abitazioni. Essa non acquisirà alcun diritto prescrittivo”.⁵¹ Un diritto giusto direbbe ai residenti arrivati dopo che sapevano dove si stavano stabilendo e che sono loro a doversi adattare all'ambiente industriale e non viceversa.

In alcuni casi, comunque, i tribunali hanno stabilito, o almeno preso in considerazione, che, a seguito del *coming to the nuisance** del ricorrente, egli ha volontariamente aderito a un contesto preesistente, e quindi il convenuto non è colpevole. Prosser sostiene che “in assenza di un diritto prescrittivo il convenuto non può costringere gli edifici circostanti a sopportare la molestia”, ma qui il punto è che l'*homesteader* di una servitù di rumore o di inquinamento nei casi di “coming to the nuisance” ha acquisito quel diritto.⁵²

L'opinione prevalente dei tribunali, come nel caso *Ensign v. Walls* (1948), è di non prendere in considerazione, o limitare, il “coming to the nuisance” e di abbandonare l'idea di una servitù conseguita attraverso l'*homesteading*. Ma una posizione di minoranza ha continuato a sostenere quella idea con forza, come nel caso *Bove v. Donner-Hanna Coke Co* (1932) a New York. Il ricorrente si era spostato in una zona industriale, in cui il convenuto gestiva un forno a carbone sul lato opposto della strada. Quando il ricorrente cercò di costringere il forno alla chiusura, il tribunale respinse la richiesta con le seguenti esemplari parole: “Il ricorrente scelse questa località per stabilire la propria futura abitazione con tutta la sporcizia, il fumo e il gas che necessariamente fuoriescono dalle ciminiere delle fabbriche, dai treni e dalle imbarcazioni, e con la piena consapevolezza che questa regione era particolarmente adatta per gli scopi industriali più che residenziali, e che le fabbriche in futuro sarebbero aumentate. Ella si trasferì volontariamente in questo distretto, pienamente consapevole del fatto che l'atmosfera sarebbe stata costantemente contaminata da sporcizia, gas e cattivi odori; e che in questa zona non poteva sperare di trovare l'aria pura di un'area esclusivamente residenziale. Nel vivere in questa località congestionata, ella evidentemente intravide determinati vantaggi. Questo non è il caso di un'industria, con il suo portato di rumore e sporcizia, che invade un tranquillo distretto residenziale. È esattamente la situazione opposta. Qui un'abitazione viene costruita in un'area strutturalmente adatta agli scopi industriali e già destinata a quell'uso. Il ricorrente non può lamentarsi che la sua tranquillità e il suo comfort sono stati violati da una situazione che già esisteva – in qualche misura come minimo – nel momento in cui ella acquistò la sua proprietà”.⁵³

Molestie visibili e invisibili

L'invasione del terreno di qualcun altro può costituire una *violazione di proprietà* o una *molestia*, e c'è molta confusione circa i limiti di ciascuna di esse. Ai nostri fini, la classica distinzione fra le due è importante. La violazione di proprietà si verifica quando “c'è un ingresso fisico che costituisce una diretta interferenza con il possesso del terreno, la quale in genere

⁵¹ Prosser, *Law of Torts*, pp. 600-1. Vedi anche Burby, *Law of Real Property*, p. 78. *Sturges v. Bridgman* (1879), 11 Ch. Div. 852.

* È la situazione in cui un soggetto accetta di trasferirsi vicino a una proprietà, precedentemente insediatasi, che produce esternalità negative [N. d. T.].

⁵² Prosser, *Law of Torts*, p. 611.

⁵³ *Bove v. Donner-Hanna Coke Corp.*, 236 App. Div. 37, 258 N. Y.S. 229 (1932), citato in Epstein, *Cases on Torts*, p. 535. Al contrario di quanto sostiene Epstein, comunque, il *coming-to-nuisance* non è semplicemente un'assunzione di rischio da parte del ricorrente. È una difesa più forte, perché si basa su di un'assegnazione di un diritto di proprietà all'attività che crea la “molestia”, diritto che è quindi assoluto, prevalente e inalienabile. Cf. Richard A. Epstein, “Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability,” *Journal of Legal Studies* 3 (1974): 197-201.

dev'essere compiuta da un'entità tangibile".⁵⁴ Dall'altro lato, "il contatto di particelle molto piccole o di sostanze intangibili, come le polveri industriali, i fumi nocivi o i raggi di luce, finora è stato in genere considerato non sufficiente per costituire una violazione di proprietà, in base alla constatazione che non vi è interferenza con il possesso, o che l'ingresso non è diretto, o che l'invasione non poteva essere qualificata come ingresso a causa della sua natura non ponderabile e non tangibile".⁵⁵

Queste invasioni più intangibili costituiscono le molestie private e possono essere perseguite come tali. Come fa notare Prosser, una molestia può essere: "un'interferenza con lo stato fisico del terreno stesso, come nel caso di vibrazioni o scoppi che danneggiano una casa, la distruzione di raccolti, un allagamento, l'innalzamento di una falda freatica o l'inquinamento di un corso d'acqua o di un rifornimento idrico sotterraneo. Può consistere nella turbativa della serenità o della comodità dell'occupante, come nel caso di odori sgradevoli, fumo, polvere o gas, forti rumori, luce eccessiva o temperatura alta, o anche frequenti telefonate".⁵⁶

Prosser riassume la differenza fra violazione di proprietà e molestia: "La violazione di proprietà è un'invasione dell'interesse del ricorrente al possesso esclusivo del suo terreno, mentre la molestia è un'interferenza con l'uso e il godimento del terreno. È la differenza che passa fra il far cadere un albero oltre il confine di proprietà e tenere sveglia una persona di notte con il rumore di un laminatoio".⁵⁷

Ma in che cosa consiste esattamente la differenza fra "possesso esclusivo" e "interferenza con l'uso"? Di più, la differenza pratica fra un'azione di illecito civile per violazione di domicilio e per molestia è che la violazione di domicilio è illegale *in sé*, laddove la molestia, per essere azionabile, deve *danneggiare* la vittima al di là del mero fatto dell'invasione. Qual è, se esiste, la motivazione di un trattamento così diverso delle due? E la vecchia distinzione fra invasione tangibile e invisibile è oggi davvero obsoleta "alla luce dei moderni esperimenti scientifici", come sostiene Prosser?⁵⁸ Cioè, come afferma una nota della *Columbia Law Review*: "La corte federale ha ritenuto che, storicamente, la riluttanza dei tribunali a considerare violazione di proprietà l'invasione di gas o piccole particelle è dipesa dalla necessità che un tribunale, per individuare una violazione di proprietà, deve poter vedere intrusioni fisiche di tipo tangibile; la corte federale quindi ha concluso che questa difficoltà non esiste più perché oggi i tribunali, per determinare l'esistenza di un ingresso fisico di un'entità tangibile, possono contare su metodi di esame scientifici, che sono in grado di realizzare accurate misurazioni quantitative di gas e solidi minuscoli".⁵⁹

Comunque, i moderni metodi di indagine scientifici non eliminano completamente la distinzione fra visibile e invisibile. Consideriamo due situazioni opposte. La prima è una violazione di proprietà diretta: A manovra la sua automobile sul giardino di B o deposita un oggetto pesante sui terreni coltivati di B. Perché questa è un'invasione ed è *in sé* illegale? In parte perché, con le parole utilizzate in una vecchia causa inglese, "il diritto deduce il sorgere di qualche danno; se non altro, lo schiacciamento dell'erba o della vegetazione".⁶⁰ Ma non è solo lo schiacciamento; l'invasione tangibile della proprietà di B interferisce con il suo uso esclusivo della proprietà, se non altro per il fatto di occupare uno spazio fisico di alcuni metri quadri (o metri cubi). Se A cammina, o colloca un

⁵⁴ "Note: Deposit of Gaseous and Invisible Solid Industrial Wastes Held to Constitute Trespass," *Columbia Law Review* 60 (1960): 879.

⁵⁵ *Ibid.*: 879-80. Vedi anche Glen Edward Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and $E=mc^2$," *Oklahoma Law Review* 11 (1966): 118 e segg.

⁵⁶ Prosser, *Law of Torts*, pp. 591-92.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 595. La molestia in genere si diffonde *dal* terreno di A *al* terreno di B; in breve, proviene dall'esterno del terreno di B. Il tentativo compiuto da Prosser di respingere questo punto (il cane del convenuto che abbaia sotto la finestra del ricorrente o il bestiame del convenuto che percorre i campi del ricorrente) non coglie l'aspetto centrale. Il cane e il bestiame, coloro che recano disturbo, vagavano sul terreno di A, il convenuto, e poiché sono animali addomesticati, delle loro azioni sono responsabili i proprietari. Sugli animali vedi *ibid.*, pp. 496-503.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 66.

⁵⁹ "Note, Deposit of Wastes," pp. 880-81. Vedi anche Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and $E=mc^2$," p. 119.

⁶⁰ Prosser, *Law of Torts*, p. 66.

oggetto, sul terreno di B, allora B non può utilizzare lo spazio che A o il suo oggetto hanno occupato. L'invasione di un'entità tangibile è un'interferenza *in sé* con la proprietà di qualcun altro e quindi è illegale.

Al contrario, consideriamo il caso delle onde radio, che costituisce un attraversamento dei confini altrui che è in qualunque modo invisibile e impercettibile per il proprietario. Siamo tutti bombardati da onde radio che attraversano le nostre proprietà senza la nostra consapevolezza o il nostro consenso. Ora che disponiamo di strumenti scientifici per individuare tali onde, sono invasive e quindi dovrebbero essere dichiarate illegali? Dovremmo quindi vietare tutte le trasmissioni radio? E se non dobbiamo, perché?

Il motivo per cui non dobbiamo è che questi superamenti di confini non interferiscono con il possesso esclusivo, l'uso o il godimento della proprietà di alcuno. Sono invisibili, non possono essere percepiti dai sensi umani e non danneggiano. Essi quindi non sono realmente invasioni di proprietà, perché dobbiamo ridefinire il concetto di invasione per intendere non solo il superamento dei confini, ma i superamenti dei confini che in qualche modo interferiscono con l'uso o il godimento di questo bene da parte del proprietario. Ciò che conta è se i sensi del proprietario del bene sono ostacolati.

Ma supponiamo che successivamente si scopre che le onde radio sono dannose, che causano il cancro o qualche altra malattia. In tal caso esse interferirebbero con l'uso della proprietà e dovrebbero essere illegali e proibite, purché naturalmente la prova del danno e la connessione causale fra determinati invasori e determinate vittime sia offerta oltre ogni ragionevole dubbio.

Quindi vediamo che la corretta distinzione fra violazione di proprietà e molestia, fra responsabilità diretta *in sé* e responsabilità diretta solo in seguito a prova del danno, non è in realtà basata sulla contrapposizione fra "possesso esclusivo" e "uso e godimento". La corretta distinzione è fra invasione visibile e tangibile, cioè "sensibile", che interferisce con il possesso e l'uso della proprietà, e superamento dei confini invisibile, "impercettibile", che non interferisce e quindi dovrebbe essere vietato solo qualora venisse provato il danno.

La stessa dottrina va applicata alle radiazioni a bassa intensità, che di fatto ogni persona e ogni oggetto del mondo emanano, e quindi ognuno riceve. Vietare o far cessare le radiazioni a bassa intensità, come sembrano invocare alcuni fanatici ambientalisti, equivarrebbe a far cessare l'intera razza umana e tutto il mondo intorno a noi. Le radiazioni a bassa intensità, proprio perché non sono percepibili dai sensi umani, non interferiscono con l'uso e il possesso di alcuno, e quindi si può agire contro di esse solo sulla base di una prova di causazione diretta oltre ogni ragionevole dubbio.

La teoria delle servitù tramite *homesteading* discussa sopra non imporrebbe alcuna restrizione sulle trasmissioni radio o sulle radiazioni a bassa intensità delle persone. Nel caso delle trasmissioni radio, il fatto che Smith sia proprietario di un terreno e di tutte le sue pertinenze non gli attribuisce la proprietà di tutte le onde radio che passano sopra e attraverso il suo terreno, perché qui Smith non ha *homesteaded*, o trasmesso su frequenze radio. Per cui Jones, che trasmette un'onda di - ipotizziamo - 1200 kilohertz, acquisisce la proprietà di quell'onda, per quanto lontano essa viaggi, anche se attraversa la proprietà di Smith. Se Smith cerca di interferire o altrimenti interrompe le trasmissioni di Jones, è colpevole di interferenza con la giusta proprietà di Jones.⁶¹

Le attività di Jones dovrebbero essere sottoposte a un ordine di cessazione solo se viene provato oltre ogni ragionevole dubbio che le trasmissioni radio sono dannose per la persona di Smith. Lo stesso tipo di argomento ovviamente viene applicato alla trasmissione di radiazioni.

Fra la tangibile violazione di proprietà e le onde radio o le radiazioni a bassa intensità esiste una gamma di molestie intermedie. Come dovrebbero essere affrontate?

⁶¹ Durante gli anni Venti i tribunali stavano elaborando proprio un sistema di diritti di proprietà privata sulle frequenze via etere basato sull'*homesteading*. È a causa dell'evoluzione di tale struttura fondata sulla proprietà privata che il Segretario al Commercio Hoover nel 1927 fece approvare il Radio Act, nazionalizzando la proprietà dell'etere. Vedi Ronald H. Coase, "The Federal Communications Commission," *Journal of Law and Economics* 2 (October 1959): 1-40. Per uno studio contemporaneo sul modo in cui tali frequenze potevano essere assegnate vedi A. De Vany, et al., *A Property System Approach to the Electromagnetic Spectrum* (San Francisco: Cato Institute, 1980).

L'inquinamento dell'aria, consistendo in odori sgradevoli, fumo o altre sostanze visibili, costituisce senz'altro un'interferenza invasiva. Queste particelle possono essere viste, odorate o toccate, e dovrebbero quindi costituire *in sé* un'invasione, tranne nel caso di servitù di inquinamento acquisite tramite *homesteading*. (I danni che vanno oltre la semplice invasione ovviamente richiederebbero una più forte responsabilità). Comunque, l'inquinamento di gas o di particelle che sono invisibili o impercettibili per i sensi non dovrebbero costituire aggressione *in sé*, perché non essendo percepibili dai sensi non interferiscono con il possesso o l'uso da parte del proprietario. Essi assumono lo status delle onde radio o delle radiazioni, *a meno che* non venga provato che sono dannosi, e finché questa prova e la connessione causale fra l'aggressore e la vittima non possano essere provate oltre ogni ragionevole dubbio.⁶²

Un rumore eccessivo è certamente un illecito civile riconducibile alla molestia; esso interferisce con il godimento della sua proprietà da parte di una persona, incluso il suo benessere. In ogni caso, nessuno sosterebbe che ogni individuo possiede il diritto di vivere come se si trovasse in una stanza insonorizzata; solo il rumore *eccessivo*, per quanto vago sia il concetto, può essere azionabile.

In un certo senso, la vita stessa acquisisce una servitù di rumore. Ogni area manifesta determinati rumori, e le persone, spostandosi in una data zona, devono scontare un ragionevole ammontare di rumore. Come ammette malvolentieri Terry Yamada: “Un residente in un'area urbana deve accettare le conseguenze di un contesto ambientale rumoroso. In genere i tribunali sostengono che le persone che vivono o lavorano in comunità densamente popolate devono necessariamente sopportare i fastidi e i disagi tipici dei commerci e delle attività situati nei quartieri in cui vivono o lavorano; questi fastidi e disagi, comunque, non devono essere maggiori di quelli che ci si può ragionevolmente aspettare nella comunità e devono essere adeguati allo svolgimento dei commerci o delle attività economiche”.⁶³

In breve, chi desidera un luogo insonorizzato deve pagare per installarlo.

Nelle cause per molestia da rumore, oggi la regola generale dei tribunali civili è cogente: “Una fonte di rumore non è una molestia *in sé*, lo diventa solo sotto certe condizioni. Queste condizioni dipendono dalla valutazione dell'area circostante, dall'ora del giorno o della notte in cui le attività rumorose hanno luogo e dal modo in cui l'attività è condotta. Una molestia privata è risarcibile solo quando è esorbitante o eccessiva e quando produce un reale disagio fisico o un danno a una persona di normale sensibilità, in maniera tale da interferire con l'uso e il godimento della proprietà”.⁶⁴

Proprietà dell'unità tecnologica: terra e aria

Nella nostra discussione dell'*homesteading*, non abbiamo affrontato la questione della dimensione dell'area da acquisire. Se A usa un certo ammontare di una risorsa, quanta parte di quella risorsa deve diventare sua proprietà? La nostra risposta è che egli si appropria dell'unità tecnologica della risorsa. La dimensione di quella unità dipende dal tipo di bene o di risorsa in questione, e dev'essere determinata dai giudici, dalle giurie o dagli arbitri esperti di quella particolare risorsa o settore economico. Se la risorsa X è proprietà di A, allora A deve possedere una quantità di essa sufficiente a includere le necessarie pertinenze. Ad esempio, relativamente all'assegnazione delle frequenze radio effettuate dai tribunali negli anni '20, l'estensione della proprietà dipendeva dall'unità tecnologica dell'onda radio – la sua ampiezza sullo spettro

⁶² Sui diritti prescrivibili, la tangibilità e il concetto di *coming to the tort* in relazione all'inquinamento, vedi William C. Porter, “The Role of Private Nuisance Law in the Control of Air Pollution,” *Arizona Law Review* 10 (1968): 107-19; e Julian C. Juergensmeyer, “Control of Air Pollution Through the Assertion of Private Rights,” *Duke Law Journal* (1967): 1126-55.

⁶³ Terry James Yamada, “Urban Noise: Abatement, Not Adaptation,” *Environmental Law* 6 (Fall 1975): 64. Purtroppo Yamada, come la maggior parte degli autori che si occupano di diritto ambientale, scrive come un fervente avvocato difensore dei ricorrenti più che come studioso di un diritto oggettivo.

⁶⁴ *Ibid.*: 63. Si noti, comunque, che, nella nostra visione, la pretesa che il danno reale o il disagio siano “ragionevoli” è corretta per i rumori ma non, ad esempio, per il fumo visibile o per gli odori sgradevoli, a meno che il termine “disagio” non sia inteso in senso ampio, in modo da includere qualsiasi interferenza con l'uso della proprietà.

elettromagnetico in modo che un'altra onda non interferisse con il segnale, e la sua lunghezza nello spazio. La proprietà della frequenza, quindi, era determinata dall'ampiezza, dalla lunghezza e dalla posizione.

La colonizzazione delle terre in America è una storia di cimenti, spesso vani, con il problema della dimensione dell'unità occupata. Nel diritto fondiario federale del 1861 la norma sull'*homesteading* garantiva un'unità di 160 acri, il cui disboscamento e uso per un determinato periodo di tempo avrebbero assicurato la proprietà all'occupante. Purtroppo, in pochi anni, nei quali cominciarono gli insediamenti nelle praterie, 160 acri diventarono troppo pochi per qualsiasi possibile uso della terra (generalmente l'allevamento di bestiame e il pascolo). Pertanto per molti decenni pochissima terra dell'ovest divenne proprietà privata. La conseguente sovrautilizzazione della terra causò la distruzione dello strato d'erba e di gran parte degli alberi da legname.

Mantenendo come riferimento l'importante criterio dell'unità tecnologica, esaminiamo la proprietà dello spazio aereo. Può esistere la proprietà privata dell'aria; e, se sì, fino a che punto?

Il principio sostenuto nel *common law* è che ogni proprietario di terra possiede tutto lo spazio al di sopra di lui, verso l'alto senza limiti fino al cosmo e verso il basso fino al centro della terra. Con il famoso detto di Lord Coke: *cujus est solum ejus est usque ad coelum*; cioè, chi è proprietario del suolo è proprietario dello spazio fino al cielo, e, per analogia, in basso fino agli inferi. Questa è una venerabile regola, che però fu ovviamente ideata prima che venissero inventati gli aeroplani. Un'applicazione letterale di tale regola di fatto vieterebbe tutta l'aviazione, così come i missili e i satelliti.⁶⁵

Ma il problema pratico dell'aviazione è il solo aspetto erroneo della regola *ad coelum*? Utilizzando il principio di *homesteading*, la regola *ad coelum* non ha mai avuto alcun senso, ed è quindi dimenticata nella pattumiera della storia giuridica. Se un individuo occupa per primo e usa un suolo, in che senso egli usa anche tutto lo spazio sopra di lui fino al cielo? Egli evidentemente non lo usa.

La regola *ad coelum* purtroppo è stata mantenuta in vita dal *Restatement of Torts* (1939), adottato dal Diritto Statale Aeronautico e applicato in 22 stati durante gli anni '30 e '40. Questa variante continuava a riconoscere la proprietà illimitata dello spazio sovrastante, ma introduceva una superiore prerogativa per lo Stato a invadere quel diritto. Ai proprietari di mezzi di trasporto aerei o di satelliti sarebbe ancora spettato l'onere di provare che possedevano questo vago privilegio di invadere la proprietà privata dello spazio. Fortunatamente l'Uniform Act fu abrogato nel 1943 dai membri della commissione competente per le Uniform State Laws, e oggi è in declino.

Una seconda soluzione, adottata nel 1936 dalla Corte Federale del nono distretto, eliminava del tutto la proprietà privata dello spazio aereo e consentiva anche agli aerei di sorvolare il terreno a bassissima quota. Solo una concreta interferenza con l'immediato godimento del terreno avrebbe costituito un illecito civile.⁶⁶ Questa più comune teoria della molestia semplicemente vieta l'interferenza con l'uso della terra, ma è insoddisfacente perché mette da parte qualsiasi analisi della questione della proprietà dello spazio aereo.

La miglior teoria giudiziaria è la "zona", che afferma che solo la parte inferiore dello spazio aereo, quella sovrastante il terreno, è proprietà del titolare del terreno; questa zona è il limite del "possesso effettivo" da parte del proprietario. Secondo la definizione di Prosser, il "possesso effettivo" è "la quantità di spazio sopra il proprietario che è essenziale per l'uso e il godimento completi del terreno".⁶⁷ L'altezza dello spazio acquisito varierà in base alle circostanze specifiche e quindi in base alla "unità tecnologica". Scrive Prosser: "Fu questa la regola applicata in uno dei primi casi, *Smith v. New England Aircraft Co.*, in cui i voli a una distanza da terra di 30 metri furono considerati violazione di proprietà, perché il terreno era utilizzato per la coltivazione di

⁶⁵ Vedi la discussione sulle varie teorie relative alla proprietà della terra e dell'aria in Prosser, *Law of Torts*, pp. 70-73.

⁶⁶ In *Hinman v. Pacific Air Transport*, 9 Cir. (1936), 84 F.2d 755, cert. denied 300 U.S. 654. In *ibid.*, p. 71.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 70.

alberi che raggiungevano quell'altezza. In alcuni altri casi è stata adottata la stessa tesi. L'altezza della zona di proprietà deve variare in base alle circostanze specifiche di ciascun caso".⁶⁸

D'altro canto, la teoria della molestia dovrebbe essere applicata alla esclusiva zona di proprietà in casi come quello in cui un rumore eccessivo di un velivolo danneggia le persone o le attività di un'area contigua, non solo dell'area immediatamente posta sotto il velivolo. In un primo momento le corti federali decisero che solo i voli a bassa quota potevano costituire un illecito contro i proprietari della terra, ma il caso *Thornburg v. Port of Portland* (1962), relativo a un eccessivo rumore, corresse quella tesi. Il tribunale correttamente argomentò: "Se accettiamo la validità di asserzioni del genere: che un rumore può costituire una molestia; che una molestia può dar luogo a una servitù; e che un rumore che arriva dritto dall'alto sul terreno di una persona può trasformarsi in un'invasione se è abbastanza persistente ed accentuato, allora logicamente lo stesso tipo e grado di interferenza con l'uso e il godimento del terreno può rappresentare un'invasione anche se il rumore proviene da una direzione diversa da quella perpendicolare".⁶⁹

Non vi è alcuna ragione per non utilizzare il concetto di proprietà dello spazio aereo al fine di combattere gli illeciti da inquinamento, ma raramente è stato fatto. Anche quando la regola *ad coelum* era in voga, fu usata contro i voli degli aerei ma non per combattere l'inquinamento dell'aria appartenente a una persona, perché l'aria era considerata, non correttamente, una risorsa collettiva. Le norme sulla molestia potevano tradizionalmente essere usate contro l'inquinamento dell'aria, ma fino a poco tempo fa il diritto è stato paralizzato dal "riequilibrio in base a criteri di equità" [*balancing of the equities*], dalle norme sulla negligenza avverse alla responsabilità diretta e dall'asserzione che un inquinamento dell'aria "ragionevole" non fosse azionabile. Nel classico caso *Holman v. Athens Empire Laundry Co.* (1919) la Corte Suprema della Georgia affermò: "L'inquinamento dell'aria, nella misura in cui è ragionevolmente necessario per il godimento della vita e indispensabile per il progresso della società, non è azionabile".⁷⁰ Fortunatamente questo atteggiamento oggi sta diventando desueto.

Anche se l'inquinamento dovrebbe rappresentare un illecito soggetto alla responsabilità oggettiva, va sottolineato che affermazioni tipo "ognuno ha il diritto all'aria pulita" sono senza senso. Vi sono sostanze inquinanti che provengono continuamente da processi naturali, e l'aria di cui una persona usufruisce può essere di qualsiasi tipo. L'eruzione del Monte Sant'Elena dovrebbe aver reso tutti consapevoli degli incessanti processi di inquinamento provocati dalla natura. La tradizionale e giusta regola dei tribunali di *common law* ha stabilito che nessun proprietario terriero è responsabile per i danni causati da forze naturali che originano dalla sua proprietà. Come scrive Prosser, un proprietario di un terreno "non è soggetto ad alcun dovere positivo di porre rimedio alle circostanze di origine puramente naturale che si verificano sulla sua terra, anche se esse possono essere molto pericolose o moleste per i suoi vicini [...] Quindi si è stabilito che il proprietario non è responsabile per l'esistenza di una palude fetida, per la caduta dei massi, per la diffusione di erbe infestanti o di cardi che crescono sul suo terreno, per i danni procurati da animali indigeni o per il flusso normale e naturale dell'acqua piovana".⁷¹

Insomma, nessuno possiede un diritto all'aria pulita, ma ciascuno possiede il diritto a non avere la propria aria invasa da sostanze inquinanti prodotte da un aggressore.

⁶⁸ Ibid., pp. 70-71. Vedi *Smith v. New England Aircraft Co.*, (1939), 270 Mass. 511, 170 N.E. 385. Vedi anche Prosser, *Law of Torts*, pp. 514-15.

⁶⁹ *Thornburg v. Port of Portland* (1962), 233 Ore. 178, 376 P.2d 103. Citato in Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and E=mc²", p. 121. La tesi precedente era basata su *United States v. Causby* (1946). Vedi anche Prosser, *Law of Torts*, pp. 72-73.

⁷⁰ *Holman v. Athens Empire Laundry Co.*, 149 G. 345, 350, 100 S.E. 207, 210 (1919). Citato in Jack L. Landau, "Who Owns the Air? The Emission Offset Concept and Its Implications," *Environmental Law* 9 (1979): 589.

⁷¹ Prosser, *Law of Torts*, p. 354.

Inquinamento dell'aria: diritto e regolamentazioni

Abbiamo dimostrato che ognuno può fare ciò che vuole purché non dia inizio a un atto esplicito di aggressione contro la persona o la proprietà altrui. Chiunque dia inizio a tale aggressione deve essere direttamente responsabile per i danni inferti alla vittima, anche se l'azione è "ragionevole" o accidentale. Infine, tale aggressione può prendere la forma dell'inquinamento dell'aria di un altro individuo, inclusi il soprassuolo effettivamente posseduto, il danno alla sua persona o una molestia che interferisce con l'uso e il godimento del suo terreno.

È così *a condizione che*: a) l'inquinatore in precedenza non abbia acquisito una servitù tramite *homesteading*; b) mentre le sostanze inquinanti visibili o gli odori sgradevoli sono *di per sé* aggressione, nel caso di sostanze invisibili e impercettibili sia il ricorrente a dover provare l'esistenza di un danno effettivo; c) l'onere di provare l'aggressione ricada sul ricorrente; d) sia il ricorrente a dover provare il rapporto di causalità diretta fra le azioni del convenuto e la condizione di vittima del ricorrente; e) il ricorrente debba provare tale rapporto di causalità e l'aggressione oltre ogni ragionevole dubbio; e f) non esista alcuna responsabilità indiretta, ma solo responsabilità da parte di coloro che hanno effettivamente compiuto l'azione.

Mantenendo questi principi come punto di riferimento, esaminiamo le norme attuali sull'inquinamento. Anche il recente mutamento di indirizzo, dalla negligenza e dal comportamento "ragionevole" alla responsabilità oggettiva, non ha soddisfatto per nulla i difensori cronici dei ricorrenti per controversie ecologiche. Come dice Paul Downing, "attualmente, la parte che è stata danneggiata dall'inquinamento deve provare in tribunale che A, colui che emette le sostanze, lo ha danneggiato. Egli deve dimostrare di essere stato danneggiato e che lo ha fatto A, e non B. Questo è un compito quasi sempre impossibile".⁷² Se ciò è vero, dobbiamo accettarlo senza lamentarci. Dopo tutto, la prova di una connessione causale è un principio fondamentale della civiltà giuridica, per non parlare della teoria giuridica libertaria.

Parimenti James Krier riconosce che, anche se la richiesta di provare l'intenzione o la condotta irragionevole o la negligenza è sostituita dalla responsabilità oggettiva, esiste ancora il problema di provare il nesso causale fra la condotta illecita e il danno. Krier si lamenta del fatto che "causa ed effetto devono ancora essere dimostrati".⁷³ Egli vuole che "sia fatta una sistematica redistribuzione dell'onere della prova", cioè vuole toglierlo al ricorrente, a cui chiaramente spetta. Ora i convenuti devono essere colpevoli finché non riescono a provare la loro innocenza?

Il fatto che esistano molteplici fonti di inquinamento è un problema. Come possiamo incolpare l'inquinatore A se ve ne sono altri o se vi sono fonti inquinanti naturali? Quale che sia la risposta, essa non deve comportare l'eliminazione dei giusti standard di prova e il conferimento di ingiusti privilegi particolari ai ricorrenti e di oneri particolari ai convenuti.⁷⁴

A problemi di prova simili vanno incontro i ricorrenti nei casi di radiazioni nucleari. Come scrive Jeffrey Bodie, "in genere i tribunali, nei casi relativi alle radiazioni, sembrano pretendere un elevato nesso di causalità, che è impossibile soddisfare, vista la limitatezza delle conoscenze mediche in tale campo".⁷⁵ Ma, come abbiamo visto sopra, è proprio questa "limitatezza delle conoscenze" che rende necessario salvaguardare i convenuti da standard di prova poco rigorosi.

Vi sono, ovviamente, innumerevoli leggi e regolamenti che aggiungono nuove fattispecie di illegalità in aggiunta agli illeciti civili trattati nei tribunali di *common law*.⁷⁶ Non ci siamo occupati di leggi quali il Clean Air Act del 1970 o di altre regolamentazioni per una semplice ragione:

⁷² Paul B. Downing, "An Introduction to the Problem of Air Quality," in *Air Pollution and the Social Sciences*, Downing, a cura di (New York: Praeger, 1971), p. 13.

⁷³ James E. Krier, "Air Pollution and Legal Institutions: An Overview," in *ibid.*, *Air Pollution and the Social Sciences*, pp. 107-8.

⁷⁴ Per la discussione sugli illeciti commessi in associazione, gli illeciti multipli e le "azioni collettive" vedi il paragrafo "Illeciti congiunti e associazione fra le vittime".

⁷⁵ Jeffrey C. Bodie, "The Irradiated Plaintiff: Tory Recovery Outside Price-Anderson," *Environmental Law* 6 (Spring 1976): 868.

⁷⁶ Sulle regolamentazioni relative all'inquinamento vedi Landau, "Who Owns the Air?" pp. 575-600.

nessuna di esse può essere ammissibile nella teoria giuridica libertaria. Nella teoria libertaria è ammesso agire coercitivamente contro qualcuno solo se è dimostrato che egli sia l'aggressore, e l'aggressione in questione deve essere provata in tribunale (o in sede di arbitrato) oltre ogni ragionevole dubbio. Ogni legge o regolamentazione amministrativa necessariamente rende illegali azioni che, secondo la teoria libertaria, non sono atti espliciti che danno inizio a crimini o a illeciti. Qualunque norma legislativa o regolamentare è quindi illegittima ed essa stessa invasiva e rappresenta un'interferenza criminale con i diritti di proprietà dei non-criminali.

Supponiamo, per esempio, che *A* costruisca un edificio, lo venda a *B* ed esso immediatamente crolli. *A* dovrebbe essere responsabile per i danni inferti alla persona e alla proprietà di *B* e la responsabilità dovrebbe essere provata in tribunale, che può quindi imporre i giusti provvedimenti di risarcimento e punizione. Ma se l'organo legislativo ha imposto codici edilizi e collaudi in nome della "sicurezza", i costruttori innocenti (cioè coloro i cui edifici non sono crollati) sono assoggettati a norme non necessarie e spesso costose, senza alcun obbligo per lo stato di provare l'esistenza di un crimine o di un danno. Essi non hanno compiuto illeciti o crimini, ma sono soggetti *in anticipo* a norme, spesso poco attinenti con la sicurezza, stabilite da organi statali tirannici. Per cui, un costruttore che è in regola con i controlli amministrativi e le norme sulla sicurezza e successivamente subisce un crollo, è spesso tenuto fuori dai guai dai tribunali. Dopo tutto, non ha forse obbedito a tutte le norme sulla sicurezza emanate dallo stato, e non ha ricevuto in tal modo *l'imprimatur* preventivo delle autorità?⁷⁷

L'unico sistema civile o penale coerente con i principi giuridici libertari è quello basato su giudici (e/o giurie e arbitri) che si pronunciano su accuse di illeciti civili avanzate da ricorrenti contro convenuti.

Va precisato che nella teoria giuridica libertaria, solo la vittima (o i suoi eredi o aventi diritto) può legittimamente intraprendere una causa contro i presunti violatori della sua persona o proprietà. Ai procuratori distrettuali o agli altri funzionari statali non dovrebbe essere consentito di intraprendere azioni legali contro il volere della vittima, nel nome di "crimini" contro entità dubbie o inesistenti quali "la società" o "lo stato". Se, ad esempio, la vittima di un'aggressione o di un furto è un pacifista e rifiuta di intraprendere un'azione legale contro il criminale, nessun altro dovrebbe avere il diritto di farlo contro i suoi voleri. Proprio come un creditore ha il diritto di "condonare" volontariamente un debito non saldato, così una vittima, su presupposti pacifisti o perché il criminale ha comprato il suo non coinvolgimento nella causa⁷⁸ o per qualsiasi altra ragione, ha il diritto di "condonare" il crimine, che è in tal modo cancellato.

Coloro che avversano le emissioni inquinanti delle automobili saranno turbati dall'assenza delle regolamentazioni statali, in relazione alla difficoltà di provare il danno provocato dalle singole automobili.⁷⁹ Ma, come abbiamo sottolineato, le considerazioni utilitaristiche devono essere sempre subordinate alle esigenze di giustizia. Coloro che si preoccupano per le emissioni delle automobili si trovano anche peggio nei confronti dei tribunali che trattano gli illeciti civili, perché i principi libertari reclamano anche un ritorno alla ottocentesca regola di *privity*, oggi molto disprezzata.

La regola di *privity*, applicata ampiamente nel campo della responsabilità per i prodotti venduti, stabilisce che l'acquirente di un prodotto difettoso può intentare causa solo alla persona con cui ha stipulato il contratto.⁸⁰ Se un acquirente compra un orologio da un negoziante e l'orologio non funziona, l'acquirente dovrebbe poter intentare causa solo al negoziante, in quanto è stato il negoziante a trasferire la proprietà dell'orologio in cambio della moneta dell'acquirente.

⁷⁷ Per un eccellente esame della contrapposizione fra rimedi giudiziari e rimedi legislativi o amministrativi nell'adulterazione dei prodotti vedi Wordsworth Donisthorpe, *Law in a Free Society* (London: Macmillan, 1895), pp. 132-58.

⁷⁸ I criminali dovrebbero avere il diritto di tacitare con denaro la vittima che intende intraprendere una causa o far eseguire la sanzione, così come dovrebbero avere il diritto di comprare dalla vittima un'ingiunzione dopo che è stata emanata. Per un eccellente articolo sull'ultima questione vedi Thompson, "Injunction Negotiations," pp. 1563-95.

⁷⁹ Vedi il paragrafo "Illeciti congiunti e associazione fra le vittime".

⁸⁰ Per una valutazione negativa della *privity* e un esame della garanzia implicita, vedi Richard A. Epstein, *Modern Products Liability Law* (Westport, Conn.: Quorum Books, 1980), pp. 9-34; e Prosser, *Law of Torts*, pp. 641e segg.

All'acquirente, contrariamente a quanto stabilito dalle norme attuali, non dovrebbe essere consentito di intentare causa al produttore, con il quale non ha avuto rapporti. Il negoziante, vendendo il prodotto, ha offerto una garanzia implicita che il prodotto non era difettoso. Allo stesso modo, in caso di prodotto difettoso, il negoziante dovrebbe poter intentare causa solo al grossista, il grossista solo al rivenditore, e così via fino al produttore.⁸¹

In maniera identica, la regola di *privity* andrebbe applicata alle emissioni delle automobili. L'inquinatore colpevole dovrebbe essere ciascun singolo proprietario di auto e non il produttore, che non è responsabile per il concreto illecito civile commesso e per le specifiche emissioni. (Ad esempio, per quello che ne sa il produttore, l'automobile potrebbe essere usata solo in un'area non popolata oppure utilizzata dal proprietario solo per la contemplazione estetica.) Come per i casi di responsabilità per i prodotti, l'unico vero motivo per la chiamata in causa del produttore anziché del rivenditore è la semplice convenienza e le grandi disponibilità economiche, essendo presumibilmente il produttore più ricco del rivenditore.

In un ordinamento giuridico libertario, la condizione dei ricorrenti contro le emissioni automobilistiche potrebbe sembrare senza speranza, ma esiste una parziale via d'uscita. In una società libertaria le strade sarebbero private. Ciò significa che le emissioni delle auto sarebbero emanate dalla strada del proprietario verso i polmoni o lo spazio degli altri cittadini, di modo che il proprietario sarebbe responsabile dei danni da inquinamento arrecati agli abitanti circostanti. Intentare causa al proprietario della strada è una soluzione molto più pratica che non farlo nei confronti di ogni singolo possessore di auto per il minuscolo ammontare di sostanze inquinanti di cui potrebbe essere responsabile. Per tutelarsi da tali cause, o anche da possibili ingiunzioni, il proprietario della strada sarebbe allora economicamente incentivato a introdurre regole anti-inquinamento per tutte le automobili che volessero transitare sulla sua strada. Ancora una volta, come negli altri casi di "tragedia dei beni collettivi", la proprietà privata delle risorse può risolvere molti problemi di "esternalità".⁸²

Far confluire i crimini negli illeciti civili

Se non esiste un'entità quale la società o lo stato, e nessuno tranne la vittima dovrebbe svolgere il ruolo di accusatore o ricorrente, ciò implica che si deve fare a meno dell'intera struttura del diritto penale e che ci resta solo il diritto basato sull'illecito civile, in cui la vittima intenta la causa contro l'aggressore.⁸³ Comunque, non v'è ragione che impedisca che settori del diritto che oggi fanno parte del diritto penale siano trasferiti in un più ampio diritto dell'illecito civile. Ad esempio, il risarcimento della vittima oggi è considerato di competenza del diritto dell'illecito civile, mentre la punizione è oggetto del diritto penale.⁸⁴ Il risarcimento dei danni per gli illeciti intenzionali (non accidentali) oggi è in genere assegnato al diritto dell'illecito civile. È quindi ipotizzabile trasferire a tale diritto anche le sanzioni più severe, come la reclusione, il lavoro forzato per ricompensare la vittima o la deportazione.⁸⁵

⁸¹ Alcune difficoltà pratiche di tale sequenza di cause potrebbero essere superate dall'associazione fra i vari ricorrenti. Vedi il paragrafo "Illeciti congiunti e associazione fra le vittime."

⁸² Sulla "tragedia dei beni collettivi" e la proprietà privata vedi, per esempio, Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons," *Science* 162 (1968): 1243-48; Robert J. Smith, "Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife," *Cato Journal* 1 (Fall 1981): 439-68.

⁸³ Nota Prosser: "Un crimine è un'offesa contro la collettività nel suo complesso, a causa del quale lo stato, come rappresentante della collettività, intraprenderà azioni giudiziarie nella forma del processo penale. Lo scopo di tale azione è di proteggere e sostenere gli interessi della collettività nel suo complesso... Un processo penale non riguarda in alcun modo il risarcimento della persona contro cui il crimine viene commesso", Prosser, *Law of Torts*, p. 7.

⁸⁴ Per un'illuminante analisi delle radici dell'attuale separazione fra diritto penale e diritto dell'illecito civile, dove il primo persegue i crimini contro la "pace del sovrano", vedi Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice," pp. 350-54.

⁸⁵ Sul risarcimento danni nel diritto dell'illecito civile, vedi Prosser, *Law of Torts*, pp. 9 e segg. Non è questa la sede per illustrare una teoria della pena. Fra i filosofi e i teorici del diritto libertari le teorie della pena spaziano dall'esclusione di qualsiasi sanzione coercitiva al solo risarcimento, al risarcimento più una pena proporzionale e alla pena senza limiti per

Un argomento stringente contro qualsiasi proposta volta a far confluire il diritto penale in quello dell'illecito civile è che, secondo il ragionamento di chi è contrario al risarcimento danni nei casi di illecito civile, essi sono “fissati solo in base all'arbitrio della giuria e imposti senza le normali garanzie previste per la procedura penale, come la prova di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio [e] il divieto di autoincriminazione”.⁸⁶ Ma, come sostenuto sopra, standard come la prova oltre ogni ragionevole dubbio dovrebbero essere applicati anche ai casi di illecito civile.⁸⁷

Il professor Epstein, nel tentativo di preservare uno spazio distinto al diritto penale contro la proposta di confluenza nel diritto dell'illecito civile, poggia gran parte della sua tesi sui tentativi di reato. Nel diritto penale, un crimine tentato che per qualche motivo fallisce e non provoca alcun danno o invasione dei diritti della vittima, è ancora un crimine e può essere perseguito. Invece, accusa Epstein, tale tentativo di crimine non costituirebbe un'invasione dei diritti e quindi non potrebbe rappresentare un illecito civile e, nell'ambito del diritto dell'illecito civile, non potrebbe essere perseguito.⁸⁸

La replica di Randy Barnett comunque è conclusiva. Barnett fa notare che, innanzi tutto, la maggior parte dei tentativi non riusciti di invasione si risolvono nondimeno in invasioni, meno gravi ma “riuscite”, della persona o della proprietà, e quindi in base al diritto dell'illecito civile sarebbero perseguibili. “Ad esempio, il tentato omicidio in genere si risolve in percosse aggravate, la tentata rapina a mano armata in aggressione, il tentato furto d'auto o il tentato furto con scasso in violazione della proprietà”.⁸⁹ In secondo luogo, anche se il crimine tentato non determinasse *di per sé* alcuna invasione della proprietà, qualora le tentate percosse o il tentato omicidio divenissero *note* alla vittima, la conseguente paura suscitata nella vittima sarebbe perseguibile alla stessa stregua di un'aggressione. Quindi il responsabile del tentato delitto (o del tentato illecito) non potrebbe passarla liscia.

Pertanto, l'unica invasione tentata che, sotto il diritto dell'illecito civile, non potrebbe essere perseguita sarebbe quella di cui *nessuno verrebbe mai a sapere*. Ma se nessuno ne viene a conoscenza, non può essere perseguita, e ciò vale per qualsiasi ordinamento giuridico.⁹⁰

Inoltre, conclude Barnett, in un ordinamento giuridico libertario, alle vittime potenziali non sarebbe impedito di difendere se stesse dai crimini tentati. Come dice Barnett, una vittima, o i suoi

qualsiasi crimine. Per la mia visione sulla proporzionalità della pena, vedi Murray N. Rothbard, “Punishment and Proportionality,” in Barnett and Hagel, *Assessing the Criminal*, pp. 259-70. Sul concetto di deportazione dei criminali, vedi Leonard P. Liggio, “The Transportation of Criminals: A Brief Politico-Economic History,” in *ibid.*, pp. 273-94.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 11. Vedi anche Epstein, *Cases on Torts*, p. 906.

⁸⁷ Lo stesso varrebbe per la difesa dall'autoincriminazione. Di fatto, l'eliminazione della testimonianza obbligatoria dovrebbe essere estesa non solo ai casi di illecito civile, ma includere tutti i tipi di testimonianza obbligatoria, contro gli altri così come contro se stessi.

⁸⁸ Richard A. Epstein, “Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles,” in Barnett and Hagel, *Assessing the Criminal*, pp. 231-57.

⁸⁹ Barnett, “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice,” p. 376. Barnett aggiunge: “In questo modo, le norme sui crimini tentati oggi rappresentano una forma di duplicazione la cui funzione principale è quella di consentire alla polizia e al pubblico ministero di eccedere nei capi d'imputazione ai fini del patteggiamento successivo. Inoltre alcune categorie di reati tentati, come la cospirazione o il possesso di particolari oggetti – ad esempio, il possesso di strumenti da scasso – sono scorciatoie utilizzate dai procuratori incapaci o non disposti a provare il crimine vero e sono una fonte costante di procedimenti giudiziari selettivi”. *Ibid.* Potremmo aggiungere che, in un ordinamento giuridico libertario, le norme del secondo tipo sarebbero sempre illegittime.

⁹⁰ Con le parole di Barnett: “Il solo tipo di tentativo fallito che escluderebbe la responsabilità [nel diritto dell'illecito civile] sarebbe il caso di un individuo che tentasse senza successo di commettere un crimine senza violare per il resto i diritti di alcuno e *senza che alcuno ne venga a conoscenza*...In ogni caso, nessun sistema, quali che siano i principî da cui è governato, può perseguire azioni di cui nessuno viene a conoscenza”. *Ibid.*, pp. 376-77. Per il contributo significativo alla soluzione di tale problema va menzionato anche il professor Ronald Hamowy dell'Università di Alberta.

agenti, sono legittimati a respingere un'azione esplicita che è stata intrapresa contro di lui, e che non è altro che un crimine tentato.⁹¹

Illeciti congiunti e associazione fra le vittime

Finora, nell'esame delle invasioni delle persone o delle proprietà, ci siamo limitati a singoli aggressori e singole vittime, del tipo "A ha percosso B" o "ha danneggiato B". Ma le situazioni reali di inquinamento spesso presentano una molteplicità di presunti aggressori e una molteplicità di vittime. In base a quali principi essi devono essere perseguiti o condannati?

Quando più di un aggressore ha partecipato a un illecito, per il ricorrente in genere è più conveniente riunire insieme i convenuti in un'unica causa ("litisconsorzio" [*joinder*]). Comunque, alla convenienza non deve esser consentito di calpestare i principî o i diritti, e secondo noi la norma originaria di litisconsorzio offerta dal *common law* era corretta: i convenuti possono essere obbligatoriamente associati *solo* quando tutte le parti hanno agito in concorso in un'attività illecita congiunta.

Nel caso di illeciti realmente congiunti, è anche logico ritenere ciascuno degli aggressori egualmente responsabile per l'intero ammontare dei danni. Se non fosse così, ciascun criminale potrebbe diminuire preventivamente la sua responsabilità semplicemente aggiungendo un maggior numero di criminali all'attività congiunta. Di conseguenza, poiché tutti gli aggressori hanno agito in concorso, l'illecito è stato realmente congiunto, così che "se tutti partecipano a un'azione illegale, l'azione di uno è l'azione di chiunque sia presente. Pertanto ciascuno è stato responsabile per l'intero danno provocato, anche se uno potrebbe aver picchiato il ricorrente, mentre un altro lo bloccava e un terzo gli rubava i bottoni d'argento. Tutti potrebbero essere associati come convenuti nella stessa causa".⁹²

Purtroppo, per ragioni di comodità, la norma di litisconsorzio è stata indebolita, e i tribunali in molti casi hanno consentito ai ricorrenti di esigere il litisconsorzio dei convenuti anche nei casi in cui gli illeciti erano commessi separatamente e non in concorso.⁹³ Nel litisconsorzio la confusione fra illeciti congiunti e separati ha indotto molti tribunali ad applicare la regola della responsabilità piena o "intera" a ciascun aggressore. Nel caso di illeciti separati perpetrati contro un'unica vittima, ciò ha poco senso. In tal caso la norma dovrebbe essere quella tradizionalmente applicata nei casi di molestia, secondo cui i tribunali assegnano il danno in conformità alle singole azioni compiute da ciascun convenuto.

I casi di inquinamento in genere costituiscono illeciti separati perpetrati contro le vittime; quindi non dovrebbe sussistere il litisconsorzio obbligatorio e i danni dovrebbero essere assegnati in relazione ai singoli fattori causali coinvolti. Come scrive Prosser: "I casi di molestia, in particolare, si sono tendenzialmente conclusi con la suddivisione dei danni, principalmente perché l'interferenza con l'uso che il ricorrente può fare del suo terreno è distinguibile in termini di quantità, di percentuale o di grado. Allora i convenuti che separatamente inquinano lo stesso corso d'acqua o allagano il terreno del ricorrente da fonti distinte, sono responsabili solo separatamente per i danni individualmente provocati, e lo stesso vale per la molestia causata da rumore o da inquinamento dell'aria".⁹⁴

Ma poiché i danni sono molteplici e separati, spetta ai ricorrenti offrire un criterio razionale e dimostrabile per suddividere il danno fra i vari convenuti e i vari fattori causali. Se questa regola è ritagliata in maniera corretta e rigorosa, e la prova è oltre ogni ragionevole dubbio, nei casi di

⁹¹ Qui si può concordare con Barrett senza aderire alla sua teoria del risarcimento puro senza punizione, una variante all'interno del diritto dell'illecito civile. Nella nostra visione, elementi del diritto penale come la punizione potrebbero facilmente essere incorporati in un ridisegnato diritto dell'illecito civile.

⁹² Prosser, *Law of Torts*, p. 291. Vedi anche *ibid.*, pp. 293 e segg.

⁹³ In tale situazione il litisconsorzio è obbligatorio per i convenuti, anche se i ricorrenti possono scegliere fra litisconsorzio e azioni separate.

⁹⁴ Prosser, *Law of Torts*, pp. 317-18.

inquinamento dell'aria i ricorrenti in genere riusciranno a concludere molto poco. Per contrastare ciò, i giuristi che si occupano di ambiente hanno proposto un indebolimento della base del nostro sistema giuridico, spostando l'onere di provare la precisa ripartizione dei danni dai ricorrenti ai vari convenuti.⁹⁵

Allora, il litisconsorzio obbligatorio dei convenuti può procedere in base alla regola originaria di *common law* solo quando i convenuti hanno presumibilmente commesso un illecito effettivamente congiunto, attraverso un'azione in concorso. Altrimenti, i convenuti possono sostenere azioni giudiziarie separate.

Che cosa dire a proposito di un litisconsorzio di più ricorrenti contro uno o più convenuti? Quando può verificarsi? Questo problema è molto rilevante nei casi di inquinamento dell'aria, nei quali vi sono in genere molti ricorrenti che procedono contro uno o più convenuti.

Nel *common law* delle origini le norme erano rigorose nel limitare il litisconsorzio dei ricorrenti ai casi in cui tutte le azioni causavano effetti su tutte le parti che si erano associate. Oggi questo vincolo è stato liberalizzato per permettere l'azione congiunta da parte dei ricorrenti nel caso in cui l'azione congiunta emerga dalla stessa transazione o da varie serie di transazioni, e nel caso in cui vi sia almeno una questione di diritto o di fatto comune a tutti i ricorrenti. Questa sembra una legittima liberalizzazione della situazione in cui ai ricorrenti sia consentito il litisconsorzio facoltativo.⁹⁶

Mentre il libero litisconsorzio dei ricorrenti in questo senso è perfettamente legittimo, non è così per le cause basate sulle "azioni collettive", nelle quali l'esito della causa vincola anche i membri della presunta categoria di vittime che non hanno partecipato alla causa. Presumono troppo i ricorrenti che si uniscono in una causa comune e promuovono un'azione collettiva, in cui anche le altre presunte vittime, che non hanno mai saputo nulla della questione o in qualche modo non hanno acconsentito alla causa, sono vincolate all'esito. Gli unici ricorrenti che dovrebbero essere coinvolti nella causa sono quelli che si sono associati volontariamente. Per cui, a 50 residenti di Los Angeles non sarebbe consentito di intraprendere una causa per inquinamento a nome della categoria "tutti i cittadini di Los Angeles", senza che questi ne siano consapevoli o abbiano manifestato un consenso esplicito. In base al principio secondo cui solo la vittima e i suoi eredi e aventi causa possono intraprendere un'azione giudiziaria o usare la forza in sua vece, le cause basate sulle azioni collettive che vincolano tutti tranne i ricorrenti volontari non sono ammissibili.⁹⁷

Purtroppo, mentre il Codice Federale di Procedura Civile 23 del 1938 offriva almeno un tipo di azione collettiva non vincolante, l'"azione collettiva spuria", le nuove norme emanate nel 1966 rendono tutte le cause basate su azioni collettive efficaci per l'intera categoria, o per tutti i membri di essa che non hanno esplicitamente richiesto l'esclusione. Con un provvedimento che non ha precedenti, si presume l'esistenza di un'azione volontaria se *non* viene compiuta alcuna azione. I residenti di Los Angeles, che potrebbero non essere a conoscenza della causa in questione, sono tenuti a sbrigare le procedure necessarie per escludere se stessi dalla causa, altrimenti la sentenza avrà efficacia anche nei loro confronti.⁹⁸ Si tenga presente che, in tema di cause basate su azioni collettive, la maggior parte degli stati ha seguito le nuove norme federali.

Come nel caso del litisconsorzio volontario, l'azione collettiva post-1966 deve riguardare questioni di diritto o di fatto comuni all'intera categoria. Per fortuna i tribunali hanno introdotto ulteriori limiti al ricorso all'azione collettiva. In molti casi, a tutti i membri identificabili della categoria deve essere fornita una comunicazione personale dell'esistenza della causa, dando loro

⁹⁵ Vedi Katz, "Function of Tort Liability," pp. 619-20.

⁹⁶ Comunque una soluzione migliore consisterebbe nel pretendere che gli interessi comuni prevalgano sui singoli interessi separati, come avviene oggi per le cause basate sulle azioni collettive. Vedi sotto la discussione *City of San Jose v. Superior Court*.

⁹⁷ Il tipo di azione collettiva un tempo conosciuta come "azione collettiva spuria", in cui una sentenza vincola solo i membri che si sono effettivamente presentati davanti al tribunale, in realtà non era un'azione collettiva ma un litisconsorzio consentito.

⁹⁸ Le norme del 1938 prevedevano che in alcuni casi qualsiasi azione collettiva dovesse essere del tipo spurio indicato nella nota precedente. Le nuove norme del 1966, eliminando la categoria delle azioni spurie, hanno reso tutte le cause basate su azioni collettive efficaci *erga omnes*. Vedi Fed. R. Civ. P. 23 (1966).

almeno l'opportunità di non partecipare alla causa stessa; inoltre la categoria dev'essere chiaramente identificabile, accertabile e suscettibile di decisioni operative. In base a questa regola, i tribunali federali in genere non consentirebbero "a tutti i residenti della città di Los Angeles" di far parte della causa collettiva.⁹⁹ Infatti, una causa intrapresa virtualmente in nome di tutti i residenti della contea di Los Angeles (più di sette milioni di persone) per ingiungere a 293 imprese di interrompere l'inquinamento dell'atmosfera, fu respinta dal tribunale "in quanto ingestibile a causa del numero dei partecipanti (ricorrenti e convenuti), la diversità dei loro interessi e la molteplicità delle questioni implicate".¹⁰⁰

Un'altra ragionevole limitazione posta alle azioni collettive è che nella causa gli interessi comuni alla categoria devono *prevalere* sui singoli interessi separati. Quindi un'azione collettiva non sarà consentita quando le singole istanze individuali sono "numerose e sostanziali", e dunque le questioni comuni non prevalgono. Nel caso *City of San Jose v. Superior Court* (1974) il tribunale respinse un'azione collettiva dei proprietari dei terreni vicini all'aeroporto, che citavano questo per i danni arrecati ai loro terreni dal rumore, dall'inquinamento, dal traffico e così via. Anche se l'aeroporto nuoceva a ciascun proprietario, il tribunale correttamente sentenziò che "il diritto di ciascun proprietario a ottenere il risarcimento del danno al suo terreno coinvolgeva troppi fattori singoli (ad esempio, la vicinanza alle piste, il tipo di proprietà, il valore, l'uso e così via)" per consentire l'azione collettiva.¹⁰¹

Allora le azioni collettive non dovrebbero essere consentite tranne nei casi in cui ogni ricorrente fattivamente e volontariamente si associa con gli altri e nei casi in cui gli interessi comuni prevalgono su quelli distinti e individuali.¹⁰²

In conclusione, come sono state applicate le recenti norme sulle azioni collettive alla questione dell'inquinamento? Krier afferma con disappunto che, mentre il Codice Federale 23 del 1966 è senz'altro più aperto del suo predecessore nel consentire l'azione collettiva, la Corte Suprema ha di fatto annullato il suo effetto stabilendo che i membri di una categoria possono unire le singole richieste ai tribunali federali *solo* quando condividono un interesse comune.¹⁰³ Secondo Krier, nei casi di inquinamento, questa cogente limitazione rende inammissibile la maggior parte delle azioni collettive. Egli aggiunge che, sebbene questa restrizione non si applichi alle cause statali, queste sono spesso meno esperibili anche delle cause collettive federali prima delle nuove norme. Krier, in una nota involontariamente umoristica, si lamenta che alcune azioni collettive non coinvolgono *alcun* ricorrente.¹⁰⁴

⁹⁹ Fed. R Civ. P. 23(a) (1966). Sulla questione dell'obbligatorietà o meno della comunicazione personale ai membri della categoria vedi Fed. R Civ. P.23(d)(2), Fed. R. Civ. P. 23(e), *Mattern v. Weinberger*, 519F.2d 150 (3d Cir.1975), *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), *Cooper v. American Savings & Loan Association*, 55 Cal. App. 3d 274 (1976).

¹⁰⁰ Il caso era *Diamond v. General Motors Corp.* 20 Cal.App. 2d 374 (1971). Invece alcune decisioni di tribunali statali, come in California, sono state molto favorevoli alle azioni collettive. Il tribunale della California consentì l'azione collettiva di una persona contro una compagnia di taxi accusata di prezzi eccessivi, a nome suo e di migliaia di clienti non identificabili. *Dear v. Yellow Cab Co.*, 67 Cal. 2d 695 (1967).

¹⁰¹ *City of San Jose v. Superior Court*, 12 Cal.3d 447 (1974).

¹⁰² Epstein offre un esempio interessante dei modi, limpidamente libertari, in cui i ricorrenti potrebbero aggirare il divieto al litisconsorzio o all'azione collettiva causato dall'ampiezza e dalla diversità degli interessi individuali coinvolti. Nel 1962 il farmaco MER/29 fu tolto dal mercato, dopodiché furono intraprese 1500 cause di risarcimento danni contro la compagnia farmaceutica. Il convenuto ebbe successo nella sua opposizione al litisconsorzio volontario, ma molti avvocati coordinarono intenzionalmente la loro attività attraverso un comitato che fungeva da centro di smistamento, con le parcelle per i servizi attribuite a tutti gli avvocati del gruppo. Epstein riferisce che gli avvocati che facevano parte del gruppo avevano in genere più successo nelle cause di quelli che non ne facevano parte. Epstein, *Cases on Torts*, p. 274.

¹⁰³ In *Synder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1970). Krier, "Air Pollution and Legal Institutions."

¹⁰⁴ In breve, che cosa accadrebbe se essi promuovessero un'azione collettiva per inquinamento e nessuno si associasse? Krier cita il caso *Riter v. Keokuk Electro-Metals Co.* 248 Iowa 710, 82 N. W. 2d 151 (1957). Krier, "Air Pollution and Legal Institutions," p. 217. Vedi anche John Esposito, "Air and Water Pollution: What to Do While Waiting for Washington," *Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review* (January 1970): 36.

Ma, ammette Krier, per i ricorrenti il maggior problema dell'azione collettiva è costituito dalle norme relative alla gestibilità e all'accertabilità nelle cause con un ampio numero di ricorrenti, e cita in particolare il caso *Diamond v. General Motors*. Ma Krier individua il problema solo nel fatto che i giudici mancano della capacità e degli strumenti per valutare i vari interessi, senza rendersi conto del problema ancora maggiore rappresentato dalla impossibilità di identificare i soggetti e dalla mancanza di una chiara prova di colpevolezza e della connessione di causalità fra convenuto e ricorrente.

Conclusioni

Abbiamo cercato di esporre un insieme di principi libertari attraverso cui valutare e rielaborare il diritto. Abbiamo concluso che ogni individuo dovrebbe poter fare ciò che vuole, tranne che compiere un atto esplicito di aggressione contro la persona o la proprietà altrui. Solo questo atto dovrebbe essere illegale, e dovrebbe essere perseguito solo nei tribunali sottoposti al diritto dell'illecito civile, con la vittima o i suoi eredi o aventi causa che intraprendono l'azione giudiziaria contro il presunto aggressore. Di conseguenza non dovrebbe essere consentita alcuna norma legislativa o amministrativa che crei nuove fattispecie illegali. E, dal momento che qualsiasi procedimento giudiziario in nome della "società" o dello "stato" non è ammissibile, il diritto penale confluirebbe in un ristrutturato diritto dell'illecito civile, che incorporerebbe le sanzioni e parte del diritto concernente i tentativi di reato.

Il responsabile dell'illecito o il criminale devono essere direttamente responsabili per la loro aggressione, senza che sia ammessa alcuna riduzione della responsabilità sulla base delle teorie della "negligenza" o della "ragionevolezza". Comunque la responsabilità dev'essere provata secondo il rapporto di causalità diretta dell'azione del convenuto contro il ricorrente, e dev'essere provata dal ricorrente oltre ogni ragionevole dubbio.

L'aggressore, e solo l'aggressore, dovrebbe essere responsabile, e non il datore di lavoro dell'aggressore, a meno che, ovviamente, l'illecito non sia stato compiuto su ordine del datore di lavoro. L'attuale sistema di responsabilità indiretta del datore di lavoro è il residuo del precapitalistico rapporto padrone/servo ed è fondamentalmente un metodo ingiusto per individuare ricchezze da deprecare.

Questi principi dovrebbero essere applicati a tutti gli illeciti, compreso l'inquinamento dell'aria. L'inquinamento è una molestia privata generata dalla proprietà terriera di una persona verso un'altra ed è un'invasione dello spazio sovrastante il terreno e, spesso, del proprietario. Fondamentale per la teoria libertaria dei diritti di proprietà è il concetto di *homesteading*, secondo cui il primo occupante e utilizzatore di una risorsa la rende con tale azione sua proprietà. Quindi, se un "inquinatore" è arrivato per primo nell'attività inquinante e ha preceduto il proprietario del terreno nell'emissione di sostanze inquinanti o di eccessiva rumore sul terreno disabitato, in tal modo ha acquisito una servitù di inquinamento o di forte rumore. Tale servitù diventa un suo legittimo diritto di proprietà e non un diritto del proprietario del terreno contiguo, arrivato successivamente. Dunque, se l'inquinatore sta semplicemente agendo sulla base di una servitù acquisita, l'inquinamento non è un illecito ma solo un incompressibile diritto dell'inquinatore. Ma dove non vi sono servitù e l'inquinamento è percepito dai sensi, è un illecito *di per sé* perché interferisce con il possesso e l'uso dell'aria di un altro individuo. L'oltrepassamento dei confini – da parte di onde radio o di radiazioni di basso livello – non può essere considerato aggressione perché non interferisce con l'uso o il godimento, da parte del proprietario, della sua persona o della sua proprietà. Solo se tale superamento dei confini provoca un danno dimostrabile – secondo i principi di causalità diretta e oltre ogni ragionevole dubbio – può essere considerato un illecito ed essere soggetto a responsabilità e a un'ingiunzione a interrompere l'azione invasiva.

Un illecito congiunto, in cui i convenuti sono costretti a difendersi insieme, dovrebbe configurarsi solo se tutti hanno agito in concorso. Se le loro azioni sono separate, anche le cause devono essere separate, e la responsabilità dev'essere assegnata separatamente. Ai ricorrenti

dovrebbe esser consentito di unire le loro cause contro un convenuto solo se i loro casi hanno un elemento in comune che prevale sui singoli e distinti interessi. Al di là del litisconsorzio volontario dei ricorrenti, le azioni collettive non sono ammissibili perché presumono di agire per conto dei membri della categoria che non hanno acconsentito ad aderire alla causa.

Infine dobbiamo rifiutare l'atteggiamento molto diffuso fra gli studiosi di diritto dell'ambiente, quello di agire come avvocati difensori dei ricorrenti, lamentandosi ogniqualvolta non è loro consentito di prevaricare i convenuti. Nelle norme sull'inquinamento, come nelle altre parti del diritto, il fattore prioritario dovrebbe essere costituito dai principi libertari dei diritti di proprietà e non dalla convenienza o dagli interessi particolari di una data categoria di querelanti.

Traduzione di Piero Vernaglione