



Sfogliando le ultime riviste americane: tendenze e prospettive d'oltreoceano



Riccardo Serafin

Dottorando presso l'Università di Torino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto delle famiglie e delle persone. – 3. La tutela del minore nella (e oltre la) famiglia. – 4. La tutela dell'anziano nel prisma della famiglia. – 5. Il diritto privato "sostenibile". – 6. La perdurante attualità del diritto di proprietà e dei suoi limiti. – 7. Ripensando la responsabilità civile. – 8. Appunti per un diritto contrattuale a tutela dei terzi.

1. Premessa

Lo scopo di queste brevi pagine è quello di offrire al lettore una panoramica generale – ancorché, inevitabilmente, non esaustiva – sulle più recenti tendenze individuate della lettura di alcune delle principali riviste statunitensi nell'anno appena trascorso¹.

¹ Nello specifico, sono stati consultati i fascicoli pubblicati nel corso dell'anno 2023 dalle prime venticinque riviste giuridiche statunitensi, secondo l'ordine fornito dal *Washington & Lee Law Journal Rankings* (<https://managementtools4.wlu.edu/LawJournals>): Harvard Law Review, Stanford Law Review, Yale Law Journal, Columbia Law Review, California Law Review, Georgetown Law Journal, UCLA Law Review, Vanderbilt Law Review, Michigan Law Review, New York University Law Review, Minnesota Law Review, Notre Dame Law Review, University of Pennsylvania Law Review, Northwestern University Law Review, Duke Law Journal, Boston College Law Review, Fordham Law Review, Cornell Law Review, Iowa Law Review, Texas Law Review, University of Chicago Law Review, Virginia Law Review, UC Davis Law Review, Boston University Law Review e Indiana Law Journal. Una volta individuate le principali linee di ricerca, il contenuto è stato ulteriormente integrato con alcuni articoli tematicamente congruenti apparsi su altre riviste americane "minori" o in altre annate, ancorché – anche in questo caso – senza pretesa alcuna di completezza.

Dalla rassegna emergono anzitutto due conferme. La prima è la grande varietà di temi discussi e analizzati dalla dottrina americana, conseguenza altresì del taglio generalista della maggioranza delle *law reviews* d'oltreoceano. La seconda è la poliedricità di metodologie impiegate, cifra d'altronde distintiva della scienza giuridica americana²: dall'analisi economica del diritto e dall'uso di altri metodi quantitativi allo studio teorico-filosofico; dall'analisi dogmatica a quella realista; dall'uso del metodo storico alla giurisprudenza dei valori; dai contributi *de iure condito* a quelli *de iure condendo*³.

Tenendo questo articolato quadro a mente, è comunque possibile distinguere due filoni principali attorno ai quali si raccolgono la maggior parte dei contributi pubblicati: da un lato, le moderne sfide del diritto delle famiglie e delle persone e, dall'altro, le turbolente rivisitazioni dei tradizionali istituti civilistici (contratto, responsabilità civile e proprietà) nell'epoca della sostenibilità.

Prima di passare a un'analisi più specifica, è opportuno menzionare che tali scelte potrebbero apparire, in un primo momento, alquanto sorprendenti. L'America è d'altronde la terra del capitalismo e degli affari per eccellenza, per cui la quasi totale mancanza del diritto dei mercati e, più in generale, della "patrimonialità" in senso stretto sembrano stridere con le aspettative. Un altro aspetto notevole della maggior parte degli articoli considerati è la tendenza ad offrire principalmente soluzioni *de iure condendo* tralasciando invece lo studio del diritto attualmente vigente e delle sue potenzialità interpretative. Questo sembra assecondare il timore, espresso da alcuni, circa la crescente autoreferenzialità della dottrina statunitense, la quale rischia di distanziarsi sempre più dalle esigenze pratiche della giurisprudenza, soprattutto di quella commerciale⁴.

² Alcuni tratti salienti della situazione giuridico-culturale americana, con evidenti ricadute sul metodo, sono efficacemente richiamati da GOLDBERG, ZIPURSKY, *The Place of Philosophy in Private Law Scholarship*, 2023, disponibile presso: <https://ssrn.com/abstract=4591115> (ora in KUNTZ, MILLER (ed.), *Methodology in Private Law Theory: Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, Oxford, 2024, 277 ss.). In particolare, tra i tanti fattori che influenzano le peculiarità metodologiche statunitensi, si possono richiamare: l'appartenenza degli Stati Uniti al mondo di *common law* e la tendenza di questi ordinamenti a ragionare in via induttiva partendo dalle pronunce giurisprudenziali; l'acuta frammentazione del diritto privato americano, diviso tra ordinamento federale e ordinamenti statali; la peculiare storia intellettuale americana segnata, in special modo, dal realismo giuridico e dai successivi tentativi di contrastarlo; l'aspirazione degli studiosi americani, e in particolar modo di quelli appratenti a università di prestigio, a essere citati dalle corti e a influenzare l'evoluzione della giurisprudenza. Inoltre, sull'importanza che il movimento noto come "*New Private Law*" ha avuto e continua ad avere per un rifiorimento degli studi civilistici negli Stati Uniti si veda GOLD, GOLDBERG, KELLY, SHERWIN, SMITH (ed.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, New York, 2020.

³ Notevole, benché prevedibile, è invece la quasi totale assenza di studi comparati. Sulla complicata e infelice relazione tra diritto comparato e dottrina americana sia consentito rinviare a PICKER, *Comparative Law Methodology & American Legal Culture: Obstacles and Opportunities*, in *Roger Williams University Law Review*, 2011, Vol. 16(1), 86 ss.

⁴ Al riguardo, non sembra superfluo richiamare la sarcastica critica del Presidente della Corte Suprema americana, Chief Justice John Roberts, il quale, in un'intervista del 2011, osservò quanto segue: "Pick up a copy of any law review that you see and the first article is likely to be, you

Nel complesso, la dottrina americana recente pare concentrata su un mondo più “intimo” e vicino alla persona e ai suoi bisogni, dove la tutela della vulnerabilità e della comunità hanno la precedenza sul profitto e sul mercato e dove lo sguardo a come il diritto potrebbe e dovrebbe essere ha la precedenza sull'approfondimento del diritto per come attualmente è. È forse questo un segno del diritto contemporaneo e una tendenza che perdurerà e che influenzerà sempre più anche la scienza giuridica europea?

A prescindere dalla risposta che si darà il lettore, quello che è certo è che non pochi connazionali potranno rispecchiarsi nel dibattito americano, individuando anche in questa sede molti dei temi che ormai trionfano nelle riflessioni della dottrina italiana: la persona fragile e la sua tutela, la centralità del principio personalistico e la funzione sociale degli istituti privatistici sono infatti idee che, a dispetto di una terminologia non totalmente simile, scorrono con vitalità nelle pagine degli autori statunitensi.

2. Il diritto delle famiglie e delle persone

Un primo filone che emerge dalla rassegna è quello riguardante il diritto delle persone e della famiglia (o forse sarebbe meglio dire delle famiglie, per rispecchiare appieno la pluralità di modelli familiari che ormai emergono dalla realtà sociale).

L'interesse per questa branca deriva probabilmente dal fatto che, ai confini con il diritto costituzionale, essa tange molti temi caratterizzanti l'accesso dibattito pubblico in corso negli Stati Uniti. Per citarne solo alcuni tra i tanti, il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza, il matrimonio omosessuale, il riconoscimento delle persone transgender e la portata delle prerogative parentali sui propri figli quando confliggono con le aspirazioni degli stessi e con le valutazioni degli istituti scolastici che frequentano. Si tratta, in questo caso, di temi non solo dibattuti dall'opinione pubblica ma anche e soprattutto oggetto di viscerali contrapposizioni partigiane, sia politiche sia ideologiche.

In questo clima di confronto, la prima preoccupazione per il giurista non può che essere quella di elucidare la metodologia da impiegare per risolvere siffatti conflitti in cui l'autodeterminazione del singolo, l'interesse della famiglia e l'interesse dello Stato possono confliggere aspramente.

Una proposta moderata è quella di ricorrere al pragmatismo, che di fatto è ciò che le corti già sembrerebbero fare in larga misura⁵. In particolare, secondo la dottrina che ha sviscerato a fondo questo approccio, un diritto pragmatico è un diritto che rifiuta la partigianeria – politica e ideologica – e le soluzioni preconette a favore, invece, di un

know, the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th-century Bulgaria, or something, which I'm sure was of great interest to the academic that wrote it, but isn't of much help to the bar” (citazione tratta da GOLDBERG, ZIPURSKY, *The Place of Philosophy*, cit., I, nota 3).

⁵ Cfr. HUNTINGTON, *Pragmatic Family Law*, in *Harvard Law Review*, 2023, Vol. 136(6), 1501 ss. Si veda altresì JOSLIN, NEJAIME, *How Parenthood Functions*, in *Columbia Law Review*, 2023, Vol. 123(2), 319 ss.

giudizio caso per caso che mette al centro l'interesse concreto delle persone coinvolte e in special modo il miglior interesse dei minori, se presenti⁶. Per aiutare il giudice in un'opera di bilanciamento in concreto niente affatto facile, sembra opportuno avvalersi in questa sede di specialisti e di indagini statistiche per poter ricavare, in modo più neutrale possibile, un'indicazione su quale soluzione favorisca il miglior componimento della lite alla luce di tutte le circostanze del caso⁷.

Tuttavia, per quanto il pragmatismo sia una dote ammirevole in una situazione di elevata faziosità come quella americana, è anche vero che l'aspetto ideologico-valoriale non sembra completamente eradicabile in una materia come la presente, come infatti emerge quando si esplorano più in dettaglio alcune delle questioni dibattute sulle principali riviste.

4. La tutela del minore nella (e oltre la) famiglia

L'avanzamento del miglior interesse del minore è un tema su cui molto si è scritto e dalla nostra rassegna emerge un'interessante tendenza a criticare il rapporto tra la sua tutela e il primato dato alla famiglia, e in particolare al ruolo dei genitori nella sua cura e nelle sue scelte.

Il punto di partenza di questo orientamento risiede nella consapevolezza che il minore è pur sempre un individuo a sé, dotato di autonomia e di pieni diritti di cittadinanza, e che la sua formazione e il suo inserimento con successo nella *polis* in età adulta è interesse generale della comunità⁸. I genitori o i tutori del minore hanno certamente un ruolo privilegiato nel suo arco formativo ma la loro potestà/responsabilità è pur sempre funzionalizzata al soddisfacimento del migliore interesse allo sviluppo personale e sociale del minore e, di conseguenza, quest'ultima può e deve essere limitata o corretta quando richiesto dall'interesse di quest'ultimo, interesse che non è solo quello all'integrità psicofisica – come pacificamente si conviene – ma anche alla sua formazione e all'espressione della sua personalità⁹.

Tale impostazione concettuale porta inevitabilmente a un affievolimento dei *parental rights* che, come detto, sono un tema di acceso scontro negli Stati Uniti date le occasioni sempre più frequenti in cui i genitori pretendono di schermare i loro figli da programmi educativi (ad es., *critical race studies*) o pratiche (ad es., l'affermazione di identità di genere non tradizionali) in controtendenza rispetto alle loro convinzioni ma giudicate

⁶ HUNTINGTON, *Pragmatic Family Law*, cit., 1543.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cfr. DAILEY, *In Loco Reipublicae*, in *Yale Law Journal*, 2023, Vol. 133(2), 419 ss. Si vedano anche MINOW, *Children's Rights Debates, Revisited*, in *Florida Law Review*, 2023, Vol. 75(2), 195 ss. e EICHNER, *Free-Market Family Policy and the New Parental Rights Laws*, in *North Carolina Law Review*, 2023, Vol. 101(5), 1332-1348.

⁹ DAILEY, *In Loco Reipublicae*, cit., 423-426.

benefiche o dal minore stesso o dalla collettività¹⁰. Parimenti, detto orientamento dottrinale finisce per svalutare sia la nozione di famiglia come “società naturale”¹¹ sia la centralità della famiglia come *locus* prediletto per le decisioni concernenti il minore.

Come logica conseguenza del ragionamento fatto, un autore sostiene la necessità di riconoscere ai figli, anche già maggiorenni, un più ampio diritto a recidere i legami con la famiglia naturale. In particolare, quando i figli sono sufficientemente maturi per prendere una tale decisione, si suggerisce che lo Stato dovrebbe garantire alla prole la possibilità di far cessare gli effetti giuridici – e, di riflesso, quelli sociali – della filiazione, emancipando quest’ultimi da un rapporto non solo non più voluto ma neanche mai liberamente scelto¹². Vero è che la revoca della responsabilità genitoriale e la cessazione di altri effetti del rapporto di filiazione (ad es., l’obbligazione di pagare gli alimenti o i diritti ereditari) è già concessa nei casi più esecrabili di abuso e negligenza familiare¹³, ma – anche in assenza di tali situazioni estreme – l’esaltazione dell’individualità e della dignità della prole dovrebbero riflettersi in una maggiore facilità di svincolarsi da ogni precedente vincolo familiare mal sopportato per poter sviluppare appieno la sua personalità in proprio o con i propri affetti d’elezione¹⁴.

Un’altra interessante applicazione di questa impostazione – che pure non necessariamente si spinge a un estremo cinismo sui *parental rights* – si ha nella tutela del minore impegnato in attività *online*. Ad oggi, la protezione della sicurezza e della *privacy* del minore in rete è largamente rimessa agli esercenti la responsabilità genitoriale: sono questi ultimi infatti che, in quanto suoi rappresentanti legali, prestano il consenso ai termini di utilizzo per prodotti o servizi digitali rivolti a minori¹⁵. È peraltro questionabile che questo sistema sia il migliore in ottica di massimizzare la tutela del minore; infatti, la complessità tecnologica e la scarsa conoscenza delle implicazioni legate a questa rendono fuorviante la fiducia posta nei genitori, anche quando dotati delle migliori intenzioni per il benessere dei figli. Pertanto, il suggerimento della dottrina è quello di superare il requisito del consenso parentale a favore di una maggiore regolamentazione diretta da parte dello Stato per proteggere più efficacemente gli interessi dei minori nel mondo digitale¹⁶.

¹⁰ EICHNER, *Free-Market Family Policy*, cit., 1323-1332.

¹¹ Cfr. WILLIAMS, *Divorcing Your Parents*, in *UC Davis Law Review*, 2023, Vol. 57(1), 672-682.

¹² *Id.*, 668-669.

¹³ In Italia, cfr. artt. 330 e 448-bis c.c.

¹⁴ WILLIAMS, *Divorcing Your Parents*, cit., 718-721.

¹⁵ Si veda, ad es., 16 CFR § 312.5 (“An operator is required to obtain verifiable parental consent before any collection, use, or disclosure of personal information from children”).

¹⁶ Cfr. TAKHSHID, *Children’s Digital Privacy and the Case Against Parental Consent*, in *Texas Law Review*, 2023, Vol. 101(6), disponibile presso: <https://texaslawreview.org/childrens-digital-privacy-and-the-case-against-parental-consent>.

5. La tutela dell'anziano nel prisma della famiglia

Altro spunto critico fornito dalla dottrina americana è quello secondo cui il diritto delle famiglie presta attenzione pressoché esclusiva alle nuove generazioni, perdendo di vista invece quelle passate. Problema acuito dalla sempre maggiore aspettativa di vita e dell'insufficienza delle attuali strutture di *welfare* per la gestione della terza età. In questo contesto, la tutela dell'anziano diviene imperativa e l'attenzione non può che rivolgersi primariamente alla famiglia, come luogo naturale per la sua cura e il suo accompagnamento. Di fronte a questa nuova pressante esigenza, il diritto ha un importante ruolo da svolgere, seppur alcuni autori sottolineino come lo stesso – allo stato attuale – non sia ancora soddisfacente nel promuovere e facilitare la tutela delle persone anziane¹⁷.

Per ovviare a questa percepita deficienza, un primo suggerimento della dottrina americana è quello di intervenire nell'ambito delle relazioni familiari. È noto, infatti, come il matrimonio tradizionale sia il principale modo attraverso cui il diritto riconosce e garantisce le relazioni personali (non patrimoniali) tra individui. Ma il matrimonio soffre ancora della presunzione per cui i coniugi contraggano nozze al fine di creare una comunità volta ad accumulare ricchezza congiuntamente e a ripartirsi gli oneri di una (auspicabilmente) lunga vita comune, anche e soprattutto con riguardo alla possibilità di mettere al mondo dei figli. Tale visione spesso non collima con la realtà di molti adulti non ancora o non più sposati, i quali possono essere ben oltre l'età della procreazione e possono preferire un regime più flessibile e meno impegnativo, fondato sull'intimità e sull'assistenza morale reciproca ma con impegni finanziari e conseguenze successorie minime. Inoltre, il senso di lealtà verso il nuovo *partner* può variare significativamente giacché molte persone di età avanzata avranno già altri parenti, si pensi a figli avuti da un precedente matrimonio, a cui desiderano dare priorità¹⁸. Per soddisfare le loro variegata e complesse preferenze, sembrerebbe dunque necessario superare la rigidità dell'attuale sistema per riconoscere pienamente moduli familiari alternativi in grado di supportare al meglio le esigenze della persona anziana. Questo implica, da un lato, l'erosione del matrimonio tradizionale, accettando non solo la derogabilità convenzionale della maggior parte degli obblighi e diritti nascenti tra coniugi, ma anche favorendo tale derogabilità rendendo l'*opt-out* dai diritti e doveri coniugali rapido, facile e poco costoso¹⁹. Dall'altro, ciò implica il riconoscimento legale di formazioni sociali alternative – coppie di fatto ma anche famiglie non tradizionali, come quelle poligame – non fondate sul matrimonio²⁰.

Un altro aspetto degno di considerazione è la probabile necessità dell'anziano di fare affidamento su altre persone per il soddisfacimento dei propri bisogni di vita di fronte alle limitazioni derivanti da un peggioramento del suo stato di salute fisica o mentale. Per

¹⁷ Cfr. CAHN, HUNTINGTON, SCOTT, *Family Law for the One-Hundred-Year Life*, in *Yale Law Journal*, 2023, Vol. 132(6), 1691 ss.

¹⁸ *Id.*, 1714-1716.

¹⁹ *Id.*, 1752-1754.

²⁰ *Id.*, 1746-1752.

quanto sarebbe forse auspicabile un maggiore assistenzialismo pubblico nel futuro, ad oggi tale funzione è svolta principalmente dai parenti dell'anziano stesso, e in particolare dai suoi figli adulti, senza che l'ordinamento riconosca pienamente e mitighi sufficientemente i costi – economici e non – imposti da una attività così gravosa²¹. Sarebbe dunque opportuna, per gli autori in questione, una serie di interventi legislativi – ad esempio, il versamento di contributi previdenziali a favore di *caregivers* a tempo pieno e più sostanziose deduzioni fiscali in caso di parenti anziani a carico – al fine di assicurare maggiore sostegno e suggellare l'importanza e l'utilità sociale di chi presta le proprie cure a un genitore o a un parente non più autosufficiente²².

6. Il diritto privato “sostenibile”

Un secondo fecondo filone che emerge dalla nostra rassegna è quello del rapporto tra diritto privato e sostenibilità. Rapporto che è già oggetto di numerosi studi in molti ordinamenti e la cui rilevanza sembra destinata ad aumentare nel prossimo futuro. È infatti crescente la consapevolezza di come gli strumenti del diritto dei privati possano e debbano essere riletti in chiave moderna per affrontare le sfide del presente e per conformarli in vista della conservazione ambientale e del progresso sociale.

Un contributo dal dibattito statunitense porta luce al fatto che il cambiamento climatico sta traghettando le nostre società verso un futuro in cui l'imprevedibile – si pensi a un disastro naturale – diventerà la norma e questa consapevolezza deve essere interiorizzata dal giurista per potere adattare gli istituti esistenti alla nuova normalità²³. A titolo di esempio, è un principio pacifico quello secondo cui il verificarsi di un evento imprevedibile e irresistibile, tale da ammontare a caso fortuito o forza maggiore, funge da difesa davanti a un'azione di responsabilità tanto contrattuale quanto extracontrattuale. Un uragano o un'anomala e prolungata siccità costituiscono classici casi in cui tale difesa può essere utilmente sollevata. Eppure, una siffatta conclusione è ancora possibile in un'epoca in cui variazioni climatiche estreme sono sempre più frequenti? Vero è che tali eventi potrebbero essere rari o addirittura mai occorsi in quell'area e vero è che la probabilità assoluta del loro verificarsi potrebbe essere bassa, ma, davanti alla consapevolezza dell'instabilità meteorologica e allo sviluppo di modelli predittivi più sofisticati, è forse corretto ipotizzare che il rischio climatico dovrebbe oggi gravare generalmente sul debitore invece che sul creditore²⁴.

Questa è solo una delle molteplici istanze che dimostrano come la resilienza del diritto privato passi anche dalla sua capacità di rielaborare e adattare le interpretazioni alla luce delle mutate circostanze e dei nuovi bisogni.

²¹ *Id.*, 1721-1724.

²² *Id.*, 1759-1764.

²³ Cfr. ROSSI, RUHL, *Adapting Private Law for Climate Change Adaptation*, in *Vanderbilt Law Review*, 2023, Vol. 76(3), 827 ss.

²⁴ *Id.*, 879-890.

Ma un diritto pienamente sostenibile non può essere solo “adattivo”; esso deve anche essere “proattivo”, volto cioè a prevenire i cambiamenti indesiderati e a promuovere invece quelli desiderati.

Su come questo possa avvenire, la dottrina americana ha formulato importanti spunti per ciascuno degli istituti principali del diritto civile.

Prima di scendere nel dettaglio, però, è opportuna una precisazione. La parola “sostenibilità” è atta a ricomprendere al suo interno molti e variegati obiettivi (ed è forse proprio tale duttilità ad aver decretato il successo stesso del lemma nella critica contemporanea). La sostenibilità, infatti, abbraccia la dimensione ambientale – portando l’attenzione al consumo eccessivo di risorse naturali e ai pericoli del cambiamento climatico – ma anche quella sociale. Avendo a mente gli obiettivi di sviluppo sostenibile compresi nell’Agenda 2030 adottata dalle Nazioni Unite²⁵, ci si accorge infatti che l’ottenimento di una società sostenibile implica, tra l’altro, anche la lotta contro le sperequazioni economiche e contro le discriminazioni di genere. Questo ampio significato del termine è adoperato anche nel presente articolo che tratterà, pertanto, della sostenibilità ambientale accanto a quella sociale.

7. La perdurante attualità del diritto di proprietà e dei suoi limiti

Sfogliando le *law reviews* statunitensi, un argomento su cui si registra un profluvio di contributi è quello del diritto di proprietà, confermando così la sua attualità e il ruolo privilegiato della proprietà privata nel pensiero giuridico-politico anglo-americano²⁶.

Le posizioni espresse dalla dottrina al riguardo sono varie. Una parte guarda favorevolmente all’uso dei *property rights* come mezzo di tutela degli individui, giustificandone l’espansione²⁷ e, in particolare, argomentando come il riconoscimento di un diritto reale

²⁵ UNGA Res. A/RES/70/1, 25 settembre 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*.

²⁶ Celebre è la frase di John Adams, tra i padri fondatori degli Stati Uniti, “property must be secured or liberty cannot exist”.

²⁷ In particolare, TOOMEY, *Property’s Boundaries*, in *Virginia Law Review*, 2023, Vol. 109(1), 131 ss. suggerisce che la possibilità di esercitare il proprio controllo sul bene è l’elemento dirimente tra cose che possono formare oggetto di *property rights* e cose che non possono essere oggetto di tutela proprietaria. Di conseguenza, l’autore conclude che – mentre le informazioni non possono generalmente formare oggetto di proprietà – organi, gameti, embrioni e cadaveri possono. Altri si spingono ancora più in là e argomentano come la teoria della proprietà sia in grado di accomodare al suo interno anche informazioni genetiche (cfr. GITTER, *Achieving Genetic Data Privacy Through Enforcement of Property Rights*, in *UC Davis Law Review*, 2023, Vol. 57(1), 131 ss.). Infine, sull’idea di proprietà delle informazioni concernenti la propria vita personale, si veda FAGUNDES, *CONTRERAS*, *Private Ownership of Public Facts: Docudramas, Deals, and Life Story Rights*, in *UC Davis Law Review*, 2023, Vol. 57(2), 743 ss.

sulle proprie informazioni genetiche sia auspicabile per garantire una maggior protezione in caso di usi abusivi delle stesse²⁸.

Un'altra, invece, sottolinea l'immanente tensione tra proprietà privata e interesse pubblico, preoccupandosi del fatto che l'attuale visione liberista e gelosa delle prerogative dominicali possa essere d'ostacolo al perseguimento di politiche pubbliche progressiste.

Nello specifico, un punto centrale nel dibattito nordamericano sono i limiti e i requisiti dell'espropriazione della proprietà privata per pubblica utilità. Similmente all'art. 42, c. 3 Cost., la Costituzione degli Stati Uniti d'America protegge la proprietà privata stabilendo che quest'ultima può essere espropriata solo per uso pubblico e previo pagamento di un giusto indennizzo al proprietario²⁹. Mentre la sua applicazione in caso di espropriazione materiale del bene è perlopiù incontrovertibile, lo stesso non si può dire nel caso di regolamentazione della proprietà a detrimento delle facoltà del proprietario. Ancorché sia da tempo pacifico che lo Stato possa regolare l'esercizio della proprietà ma che superata una certa soglia anche la regolamentazione eccessiva può ammontare a espropriazione³⁰, i confini di quello che viene definito *regulatory taking* sono oggetto di significative incertezze.

Nel 2021, la Corte Suprema americana ha emesso un'importante pronuncia in materia in *Cedar Point Nursery v. Hassid*³¹. Nel caso in questione, un regolamento della California concedeva alle organizzazioni sindacali – fino a tre volte al giorno, un'ora alla volta e per un massimo di 120 giorni all'anno – il diritto di accedere, anche senza il permesso del proprietario, nella sede di imprese agricole per incontrare i dipendenti e ivi svolgere attività di proselitismo sindacale. La Corte Suprema, investita della disputa iniziata da due imprenditori ortofrutticoli, ha concluso a maggioranza che il provvedimento costituisce un'ipotesi di esproprio parziale, sottolineando come il proprietario degli edifici venisse privato dello *ius excludendi*, “one of the most treasured rights of property ownership”³². La sentenza ha creato un acceso dibattito in dottrina, con alcuni contributi che hanno sottolineato la scarsa adesione ai precedenti e le potenziali incertezze a cui l'approccio della maggioranza della Corte Suprema conduce³³, ma l'opinione pressoché unanime è

²⁸ Cfr. GITTER, *Achieving Genetic Data Privacy*, cit., 166-169.

²⁹ Questa è la cd. *taking clause* contenuta nel V emendamento della Costituzione statunitense che, nella sua parte rilevante, sancisce quanto segue: “Nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Sulla misura dell'indennizzo dovuto si veda, con alcuni spunti critici, LONGORIA, *Properly Construing the Just Compensation Clause*, in *Boston College Law Review*, 2023, Vol. 64(6), 1377 ss.

³⁰ Paradigmatica è l'osservazione di Justice Oliver Holmes in *Pa. Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), 415 (“[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”).

³¹ 141 S. Ct. 2063 (2021) [di seguito *Cedar Point*].

³² *Cedar Point*, 2072.

³³ Cfr. HUQ, *Property Against Legality: Takings After Cedar Point*, in *Virginia Law Review*, 2023, Vol. 109(2), 233 ss.

che *Cedar Point* abbia rafforzato – nel bene o nel male – l’idea di una proprietà privata quanto più libera e assoluta possibile.

Le possibili ricadute negative in tema di sostenibilità ambientale sono presto evidenti. Un contributo particolarmente critico evidenzia infatti come il riconoscimento di *property rights* su beni naturali sia una strategia che è stata usata e che continua a essere usata per insulare l’uso di risorse naturali dalla collettività. Questo fatto, unito a una tutela aggressiva dei diritti proprietari contro le ingerenze statali, porta inevitabilmente a un conflitto in un’epoca di rinnovato interesse per la conservazione ambientale e per la mitigazione delle conseguenze del cambiamento climatico³⁴.

In particolare, un’interpretazione estensiva della nozione di espropriazione pubblica implica l’estrema difficoltà – quando non l’impossibilità – per lo Stato di intervenire regolando e redistribuendo le risorse, dato l’elevato costo per il debito pubblico causato dal pagare un indennizzo a ogni proprietario coinvolto³⁵.

Per far fronte a questo problema, la dottrina americana spinge verso una maggior flessibilità nell’interpretazione di cosa costituisce *regulatory taking* in caso di risorse naturali, valorizzando specificatamente – oltre all’interesse del privato – l’interesse del pubblico e il dovere dello Stato di tutelare i valori, anche non patrimoniali, dell’ambiente e della salute pubblica³⁶.

Una proposta alternativa è quella di riscoprire e attualizzare una dottrina largamente dimenticata: il *necessary taking*. Secondo quest’ultima, nessun indennizzo è dovuto qualora l’espropriazione avvenga durante uno stato di pubblica necessità e purché l’espropriazione sia ragionevolmente collegata allo sforzo pubblico di controllare e gestire la necessità impellente³⁷. Utilizzato largamente durante la guerra d’indipendenza americana e successivamente durante il grande incendio di New York del 1835, l’istituto è oggi sostanzialmente dormiente, seppur la sua esistenza sia stata confermata in *obiter* dalla Corte Suprema in *Cedar Point*³⁸. Secondo la dottrina favorevole alla sua riesplorazione, l’emergenza climatica costituisce una moderna occasione di stato di necessità tale da consentire l’intervento pubblico anche in assenza di indennizzo per l’espropriazione subita³⁹. La critica mette in luce, peraltro, come questa conclusione finisca sostanzialmente per aggirare la *ratio* sottesa alla tutela costituzionale della proprietà privata, usualmente individuata nel fatto che sarebbe ingiusto che il peso per il perseguimento del bene pubblico ricada solamente sui pochi proprietari espropriati invece che equamente su tutta la

³⁴ Cfr. RYAN, *Privatization, Public Commons, and the Takingsification of Environmental Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2023, Vol. 171(3), 617 ss.

³⁵ *Id.*, 743-745; *Necessity Takings in the Era of Climate Change*, in *Harvard Law Review*, 2023, Vol. 136(3), 953.

³⁶ RYAN, *Privatization*, cit., 730-731.

³⁷ *Takings in the Era of Climate Change*, cit., 957.

³⁸ *Cedar Point*, 2079.

³⁹ *Takings in the Era of Climate Change*, cit., 953.

comunità⁴⁰. Ma in realtà non necessariamente la riscoperta del *necessary taking* porta a negligenza totalmente le aspettative dei proprietari: infatti, è ben possibile – e la storia lo conferma – che lo Stato regoli la compensazione in via legislativa, stabilendo il *quantum* dovuto ed eventualmente le classi di proprietari espropriati da prediligere. Ciò che il *necessary taking* toglie è quindi solo il diritto a una compensazione piena; conseguenza che, secondo i suoi sostenitori, potrebbe essere giustificata dalla complessità di gestione della crisi climatica, che vede nel parlamento – invece che nelle corti – il luogo privilegiato per prendere decisioni redistributive così consequenziali e straordinarie⁴¹.

Simili considerazioni si possono trarre passando dal campo della sostenibilità ambientale a quello della sostenibilità sociale. In particolare, una delle più importanti sfide delle società moderne è quella di garantire un'abitazione degna a tutti i cittadini; obiettivo ancora lontano dall'essere raggiunto. La dottrina sensibile al problema ha individuato questa conseguenza nella fede verso un modello di proprietà assoluta ed escludente, unita al mancato riconoscimento di un diritto fondamentale all'abitazione. Di conseguenza, la soluzione proposta è quella di riconoscere un diritto federale (e, dunque, nazionale) all'abitazione per riorientare la proprietà privata verso l'obiettivo di facilitare l'accesso a beni primari da parte di tutti i membri della società⁴².

Un esempio di legislazione in sintonia con tale orientamento è l'*Housing Stability and Tenant Protection Act* approvato dallo Stato di New York nel 2019. Tale provvedimento punta a rafforzare i diritti dei conduttori di edifici ad uso abitativo istituendo meccanismi più incisivi per il calmieramento del canone di locazione e per il rinnovo automatico dei contratti. La legge è però stata oggetto di doglianze da parte di un gruppo di proprietari che asserivano come la regolamentazione del mercato degli affitti ammontasse a un'illecita espropriazione senza compensazione. In particolare, i locatori hanno fatto affidamento sul caso *Cedar Point* per dimostrare come la legge newyorkese privasse i proprietari degli appartamenti coinvolti dello *ius excludendi*, forzando questi ultimi a continuare a locare i propri beni ad altri⁴³. Anche in questo caso, la dottrina ha rilevato come un'interpretazione massimalista della pronuncia in *Cedar Point* sia contraria al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità e ha caldeggiato l'adozione di un approccio flessibile al problema delle espropriazioni, valorizzando appieno tutte le alternative contro un'espansione incontrollata della *taking clause*⁴⁴. Al momento, tali suggerimenti paiono essere accolti dalla giurisprudenza: nel 2023, infatti, la *Court of Appeals* del secondo

⁴⁰ *Armstrong v. United States* 364 U.S. 40 (1960), 49 (“[T]o bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole”).

⁴¹ *Takings in the Era of Climate Change*, cit., 953-954.

⁴² Cfr. BERTULIS-FERNANDES, *Progressive Property Theory and the Wicked Problem of Homelessness: The Case for a National Right to Shelter*, in *Boston College Law Review*, 2023, Vol. 64(7), 1681 ss.

⁴³ FLANIGAN, *Rent Regulations After Cedar Point*, in *Columbia Law Review*, 2023, Vol. 123(2), 497-499.

⁴⁴ *Id.*, 510.

circuito federale ha sentenziato a favore della costituzionalità della legge di New York e la Corte Suprema ha rifiutato la richiesta di appello presentata.

Cionondimeno, la controversia fondamentale sottostante – al cui cuore vi è il perenne conflitto tra diritti proprietari dei privati e politiche pubbliche progressiste – pare lontana dall’essere risolta in maniera definitiva.

8. Ripensando la responsabilità civile

Un altro settore dove la dottrina statunitense ha avuto modo di intervenire è quello del rapporto tra responsabilità civile e sostenibilità, tema particolarmente proficuo vista la tendenza – su entrambe le sponde dell’Atlantico – a espandere sempre più l’area della responsabilità da fatto illecito e tenuto conto della ormai generalizzata consapevolezza sulla multifunzionalità della responsabilità civile.

Una delle più interessanti evoluzioni degli ultimi anni è l’emersione della cd. *climate change litigation*, ossia un tipo di contenzioso che applica gli strumenti del diritto – e *in primis* la tutela aquiliana – per imporre ai governi o alle grandi imprese il rispetto di determinati standard in materia di riduzione delle emissioni di gas serra oppure per tutelare i privati direttamente minacciati dai pericoli del cambiamento climatico⁴⁵. Questa nuova frontiera della tutela giurisdizionale dell’ambiente mette alla prova gli istituti tradizionali e presenta non poche difficoltà per coloro i quali intendono instaurare una causa “climatica”.

In primo luogo, un ostacolo particolarmente arduo da superare è l’accertamento del nesso di causalità in tali tipi di controversie. Il riscaldamento del pianeta è un fenomeno estremamente complesso di dimensioni globali, protratto nel tempo e caratterizzato dall’interazione tra eventi naturali endogeni e intervento umano, a sua volta parcellizzabile in una miriade di disparate attività in cui ciò che conta è il valore aggregato. Conseguentemente, una delle ragioni principali per cui molte istanze di *climate change litigation* sono destinate a fallire è l’impossibilità di accertare, secondo i canoni processuali tradizionali, l’imputabilità di un certo evento naturale al riscaldamento globale e, anche qualora questo fosse possibile, di accertare il nesso causale tra quest’ultimo e le attività emmissive degli Stati o imprese coinvolte nella disputa⁴⁶. Davanti a questo problema, la dottrina americana intravede nel progresso scientifico una soluzione. Infatti, la scienza climatica sta evolvendo sempre più rapidamente ed è ora in grado di offrire sofisticati modelli predittivi in grado di attribuire il contributo di uno specifico soggetto a un evento climatico quantificandolo in proporzione alle sue emissioni di gas serra⁴⁷. Il nodo della

⁴⁵ Un aggiornato *database* sulla *climate change litigation* è mantenuto dal Sabin Center for Climate Change Law presso la Columbia Law School ed è consultabile presso: <https://climatecasechart.com>.

⁴⁶ Cfr. SAAD, *Attribution for Climate Torts*, in *Boston College Law Review*, 2023, Vol. 64(4), 867.

⁴⁷ *Id.*, 898-899.

causalità quindi, lungi dall'essere insuperabile, sarebbe grandemente attenuato laddove le corti mutassero, in casi afferenti al cambiamento climatico, i tradizionali concetti della causalità meccanicistica in favore di un approccio probabilistico supportato dalla più moderna scienza, come d'altronde i giudici sono già stati aperti a fare in caso di malattie causate dall'esposizione a sostanze tossiche (ad es., amianto)⁴⁸.

Un secondo aspetto problematico è la dimostrazione dell'ingiustizia del danno patito. Nello specifico, come noto, nella tradizione di *common law*, la responsabilità extracontrattuale non poggia su di una singola clausola generale bensì si presenta in molte figure tipizzate – i *torts* – ciascuna dotata di una disciplina in buona parte specifica. In un siffatto sistema, la prima questione non può dunque non essere la selezione dei *torts* più congeniali a rispondere alle sfide della sostenibilità.

In quest'ottica, un eccellente candidato è il *tort of public nuisance* dove l'elemento centrale è la violazione da parte di uno o più soggetti di un interesse diffuso o collettivo⁴⁹. Originariamente introdotto nell'Inghilterra medievale per consentire alla Corona di tenere libere le strade pubbliche e i corsi d'acqua, la fattispecie è stata conservata e può ora essere esperita utilmente dalla pubblica amministrazione⁵⁰ laddove un prodotto o un'attività presenti un pericolo per un interesse giuridicamente tutelato della comunità tutta⁵¹. In particolare, azioni per *public nuisance* sono state e sono tuttora frequenti, tra l'altro, in materia di tutela dell'ambiente e, ora, in materia di emissioni eccessive di gas a effetto serra⁵².

Naturalmente le lodi per un uso sempre più aggressivo del *tort of public nuisance* non sono unanimi e una parte di dottrina non manca di mostrarne i pericoli. Anzitutto la sua natura ibrida – strumento di diritto privato ma al servizio del bene pubblico – ha fatto dubitare radicalmente che si trattasse di un *tort*, sostenendo l'estraneità della stessa alla logica propria della responsabilità civile⁵³. In aggiunta, la sua vaghezza fa sì che il giudice sia chiamato di volta in volta a valutare quali sono gli interessi giuridicamente rilevanti da proteggere e a giudicare se l'azione del danneggiante sia in concreto tale da violare illecitamente siffatto interesse, lasciando così un'elevatissima discrezionalità al giudicante. Questo crea problemi sia dal punto di vista della certezza del diritto sia con riferimento

⁴⁸ *Id.*, 902-903.

⁴⁹ *Restatement (Second) of Torts*, American Law Institute, 1979, § 821B(1) (“A public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public”). Una *public nuisance* va tenuta distinta da una *private nuisance*, la quale coincide funzionalmente con le immissioni intollerabili nella tradizione di *civil law*.

⁵⁰ Anche un privato può agire lamentando una *public nuisance* ma, in tal caso, egli deve dimostrare di aver “suffered harm of a kind different from that suffered by other members of the public” (*Restatement (Second) of Torts*, *cit.*, § 821C(1)). Peraltro, le azioni intraprese da pubbliche amministrazioni sono negli Stati Uniti numericamente superiori e qualitativamente più importanti di quelle di iniziativa privata.

⁵¹ Cfr. KENDRICK, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, in *Yale Law Journal*, 2023, Vol. 132(3), 702 ss.

⁵² *Id.*, 721-727.

⁵³ Cfr. MERRILL, *Is Public Nuisance a Tort?*, in *Journal of Tort Law*, 2011, Vol. 4(2), 1 ss.

al principio della separazione dei poteri, potenzialmente usurpando il ruolo privilegiato del potere legislativo e del processo politico-democratico nella gestione di fenomeni complessi dove molti interessi e ideologie si scontrano senza un chiaro vincitore⁵⁴.

La parte di dottrina favorevole all'espansione del *tort of public nuisance*, seppur consapevole di queste difficoltà, fa perno invece sui fallimenti e omissioni della regolamentazione pubblica *ex ante*, sostenendo la necessità di strumenti *ex post* per attribuire responsabilità a chi si impegna in attività socialmente dannose. L'elasticità della nozione di *public nuisance*, secondo questi ultimi, rappresenta il frutto della flessibilità del *common law* nell'evolvere davanti al presentarsi di mutate circostanze e garantisce un'importante, seppur non esclusiva, tecnica a tutela dell'interesse collettivo⁵⁵.

Ma l'uso della responsabilità civile per contrastare – almeno in parte – le piaghe moderne non si arresta alla tutela ambientale. Un'altra area dove la tutela aquiliana può essere utilmente impiegata per rispondere alle istanze di sostenibilità, questa volta sociale, è la violenza di genere.

Ad esempio, un contributo tra quelli analizzati menziona l'importanza di riconoscere alle vittime di violenza domestica, sia in caso di abusi solo fisici sia in caso di abusi anche psicologici, la possibilità di agire in proprio contro l'*ex partner* per il risarcimento del danno⁵⁶. Affianco alla repressione penale e ad altri strumenti a tutela della persona offesa (ad es., gli ordini di protezione), l'uso della responsabilità civile in questa sede ha diversi aspetti positivi, spesso oggetto di scarsa attenzione. In primo luogo, essa garantisce la compensazione della vittima per il torto subito e, in questo senso, è importante valorizzare non solo i possibili danni patrimoniali ma anche e soprattutto il consistente pregiudizio non patrimoniale⁵⁷. In secondo luogo, la possibilità di agire autonomamente – anche oltre e a prescindere da un eventuale giudizio penale, in cui la persona offesa partecipa comunque in maniera limitata – può restituire alla vittima un senso di dignità e di autodeterminazione, aiutandola a processare il proprio trauma⁵⁸.

Ovviamente la tutela aquiliana delle vittime di violenza di genere incontra però un grande, ma inevitabile, ostacolo nella prova che la vittima deve fornire degli abusi subiti.

Un altro ambito della responsabilità extracontrattuale in cui l'onere della prova è assai gravoso per la vittima è quello delle violenze sessuali. Infatti, benché la vittima di violenza possa chiedere il risarcimento del danno attraverso il *tort of (sexual) battery*, quest'ultimo richiede la dimostrazione del dolo dell'aggressore⁵⁹. Una prova particolar-

⁵⁴ Cfr. MERRILL, *The New Public Nuisance: Illegitimate and Dysfunctional*, in *Yale Law Journal Forum*, 2023, Vol. 132, 985 ss.

⁵⁵ KENDRICK, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, cit., 790-791.

⁵⁶ Cfr. GARRETT, *Coercive Control Legislation: Using the Tort System to Empower Survivors of Domestic Violence*, in *California Law Review*, 2023, Vol. 111(5), 1601 ss.

⁵⁷ *Id.*, 1628.

⁵⁸ *Id.*, 1629.

⁵⁹ Negli ordinamenti di matrice angloamericana, i fatti illeciti possono essere distinti sotto il profilo dell'elemento soggettivo in tre categorie: *intentional*, *negligence* e *strict liability torts*. I primi – tipici

mente difficile allorché, come spesso avviene, il consenso della persona offesa è dubbio o ambiguo: infatti, il convenuto in un'azione per *sexual battery* può evitare la condanna provando il fatto che egli riteneva che la persona fosse consenziente e che tale convincimento fosse ragionevole (cd. *apparent consent*)⁶⁰.

Una soluzione proposta dalla dottrina d'oltreoceano è quella di consentire alle vittime di molestie o stupri di agire in giudizio anche attraverso il *tort of negligence*, il quale richiede solo di dimostrare che il comportamento è stato tenuto con colpa. In quanto modo, il centro dell'indagine si sposterebbe dal consenso della vittima alla ragionevolezza della condotta tenuta dalla persona asseritamente responsabile⁶¹. Un'altra ragione a favore della strategia suggerita è l'impossibilità, per ragioni di ordine pubblico, di assicurarsi per il compimento di fatti dolosi; impossibilità che invece non sussiste in caso di *negligence*, aumentando così le prospettive della vittima di ottenere un effettivo e pieno ristoro⁶².

9. Appunti per un diritto contrattuale a tutela dei terzi

Infine, nell'anno appena trascorso, non sono mancati significativi contributi in materia contrattuale⁶³.

Per quanto concerne il legame tra contratto e sostenibilità, la dottrina statunitense, da ormai qualche anno, ha maturato un fecondo filone di ricerca sul contratto a danno di terzi⁶⁴, approfondendo il tema delle esternalità negative che il contratto può imporre a chi non ne è parte⁶⁵.

dei *torts* contro l'integrità fisica e l'onore della persona, tra cui il *tort of battery* e quello di *assault* – richiedono la dimostrazione del dolo del danneggiante. I secondi – il cui esempio paradigmatico è il *tort of negligence* – richiedono la dimostrazione della colpa del danneggiante. Infine, per gli ultimi – ad esempio, in caso di esercizio di attività pericolose – vige un regime di responsabilità oggettiva.

⁶⁰ Cfr. CARDI, CHAMALLAS, *A Negligence Claim for Rape*, in *Texas Law Review*, 2023, Vol. 101(3), disponibile presso: <https://texaslawreview.org/a-negligence-claim-for-rape>.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ Per il lettore interessato, si segnalano tra gli altri WILKINSON-RYAN, HOFFMAN, CAMPBELL, *Expecting Specific Performance*, in *New York University Law Review*, 2023, Vol. 98(5), 1633 ss.; DAGAN, HELLER, *Specific Performance: On Freedom and Commitment in Contract Law*, in *Notre Dame Law Review*, 2023, Vol. 98(3), 1323 ss.; SCHWARTZ, SEPE, *Midstream Contract Interpretation*, in *Notre Dame Law Review*, 2023, Vol. 99(2), 611 ss.; BECHER, BENOLIEL, *Dark Contracts*, in *Boston College Law Review*, 2023, Vol. 64(1), 55 ss.; HOFFMAN, *Defeating the Empire of Forms*, in *Virginia Law Review*, 2023, Vol. 109(7), 1367 ss.; MATSUMURA, *Unifying Status and Contract*, in *UC Davis Law Review*, 2023, Vol. 56(4), 1571 ss.; LEMLEY, *The Benefit of the Bargain*, in *Wisconsin Law Review*, 2023, (1), 237 ss.

⁶⁴ Una discussione del problema e della sua evoluzione storica è contenuta in CARUSO, *Non-Parties: The Negative Externalities of Regional Trade Agreements in a Private Law Perspective*, in *Harvard International Law Journal*, 2018, Vol. 59(2), 404-418.

⁶⁵ Cfr. HOFFMAN, HWANG, *The Social Cost of Contract*, in *Columbia Law Review*, 2021, Vol. 121(3), 979 ss.; A. Bagchi, *Other People's Contracts*, in *Yale Journal on Regulation*, 2015, Vol. 32(2), 211 ss.

Che il diritto dei contratti abbia già degli strumenti – ossia, le norme imperative e l'ordine pubblico – a tutela dell'interesse sociale è indubbio. Quando un accordo viene giudicato aprioristicamente iniquo o gravemente nocivo per l'interesse di terzi o per il conseguimento del bene comune, l'ordinamento interviene invalidando, totalmente o parzialmente, la volontà dei contraenti e rifiutando di dare esecuzione al loro programma contrattuale. La questione è se esistano anche altri possibili approcci a tutela dell'interesse altrui, visto e considerato che la scure della nullità è spesso brusca e inflessibile⁶⁶.

In questo quadro, si inserisce un contributo nella nostra rassegna che sostiene come la tutela dell'interesse dei terzi pregiudicati dall'accordo altrui sia invero già incorporata in molti istituti del diritto contrattuale statunitense⁶⁷. Infatti, sia le norme sull'interpretazione sia il diritto dispositivo contrattuale sarebbero orientati non solo a implementare e perfezionare la volontà pattizia ma anche, almeno in parte, a tutelare i terzi potenzialmente coinvolti.

Per quanto riguarda l'interpretazione del contratto, si suggerisce che la volontà dei contraenti, sebbene importante, non sia l'unico criterio da osservare e che, in caso di clausole ambigue, il giudice ha il dovere di preferire il senso che più si accorda all'interesse pubblico, anche qualora questa soluzione non appaia la più in linea con quanto le parti avrebbero voluto⁶⁸.

Per quanto concerne invece il diritto suppletivo, il principale esempio è quello dei rimedi azionabili, ove si evidenzia come i giudici americani abbiano tradizionalmente tenuto in conto fattori come l'impatto ambientale e le conseguenze sui consumatori o sull'occupazione modulando opportunamente la risposta dell'ordinamento di fronte al fatto dell'inadempimento⁶⁹.

Una possibile critica a questa impostazione è quella che sottolinea la disponibilità pattizia di tutte queste norme. In altri termini, perché la tutela di importanti interessi sociali dovrebbe dipendere dalle parti, le quali sono libere di derogarvi attraverso un accordo sufficientemente chiaro?

La risposta che viene data è che, sebbene l'uso di norme dispositive continui a lasciare spazio all'autonomia privata, è importante considerare la tendenza della grande maggioranza dei contraenti ad aderire allo *status quo*, così modificando il diritto dispositivo assai meno di quanto ci si aspetterebbe⁷⁰. Inoltre, un rilevante pregio delle norme dispositive è che, al contrario di quelle imperative, queste sono flessibili e facilmente modi-

⁶⁶ SMITS, *The Expanding Circle of Contract Law*, in *Stellenbosch Law Review*, 2016, Vol. 27(2), 233-234.

⁶⁷ Cfr. BEN-SHAHAR, HOFFMAN, HWANG, *Nonparty Interests in Contract Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2023, Vol. 171(4), 1095 ss.

⁶⁸ *Id.*, 1117-1121.

⁶⁹ *Id.*, 1130-1137. Occorre tenere presente che la discrezionalità affidata al giudice nella scelta e nella regolazione del rimedio è un tratto distintivo del diritto dei Paesi di *common law* (su questo, e sulle differenze con la tradizione di *civil law*, si veda KÖHLER, *The Role for Remedial Discretion in Private Law Adjudication*, in BENDER (ed.), *The Law between Objectivity and Power*, Baden-Baden, 2022, 195 ss.).

⁷⁰ BEN-SHAHAR, HOFFMAN, HWANG, *Nonparty Interests in Contract Law*, cit., 1143-1146.

ficabili dalla giurisprudenza – quantomeno nei sistemi di *common law*⁷¹ – così da poterle adattare rapidamente di fronte al responso della pratica e al modificarsi delle condizioni economiche e sociali⁷².

Se queste osservazioni fossero esatte, ne discenderebbe una nuova e interessante prospettiva che valorizzerebbe le regole di *default* non più e non tanto come prodotto della volontà ipotetica dei contraenti, bensì come incentivi all'avanzamento di obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale attraverso il diritto dei contratti.

ABSTRACT

Il contributo, a partire dalla lettura delle principali *law reviews* statunitensi pubblicate nel corso dell'anno 2023, identifica e discute alcune delle più recenti tendenze della dottrina civilistica americana. Nello specifico, seppur all'interno di un quadro complesso e variegato, emergono due principali filoni di ricerca. In primo luogo, il tentativo di adattare il diritto di famiglia e quello delle persone di fronte all'evoluzione sociale, con particolare riguardo al ruolo della famiglia nella tutela dei minorenni e di soggetti anziani. In secondo luogo, la necessità di re-interpretare i concetti e gli istituti tradizionali del diritto civile alla luce delle sempre più pressanti istanze di sostenibilità ambientale e sociale, con ricadute significative sui contratti, sulla responsabilità civile e sulla proprietà privata.

The paper, based on a review of the issues published by the main US law journals during the year 2023, identifies and discusses some of the most recent trends in American private law scholarship. Specifically, albeit within a complex and varied framework, two major research areas stand out. Firstly, the attempt to adapt family law and the law of persons in the face of social changes, with particular regard to the role of the family in the protection of minors and the elderly. Secondly, the need to re-interpret the traditional private law concepts and doctrines in light of the increasingly pressing demands of environmental and social sustainability, with significant repercussions on contracts, civil liability and private property.

⁷¹ Negli Stati Uniti, come in altri Paesi di tradizione anglosassone, la maggior parte delle norme del diritto contrattuale sono infatti di conio giurisprudenziale. In quanto tali, queste sono esse direttamente modificate o abrogate dalle Corti superiori.

⁷² BEN-SHAHAR, HOFFMAN, HWANG, *Nonparty Interests in Contract Law*, cit., 1147-1148.

