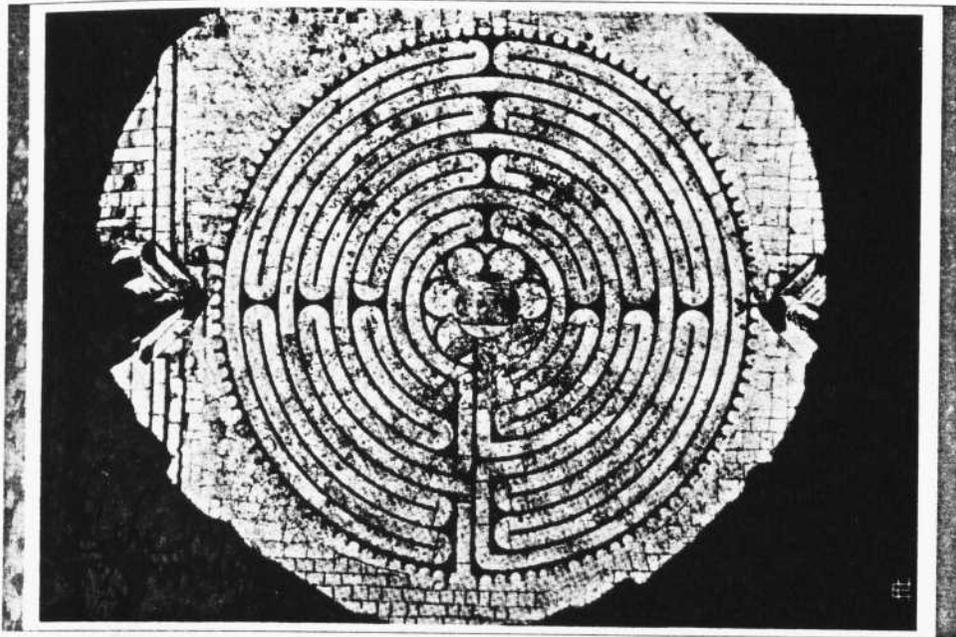


DUNCAN KENNEDY

FORMA E SOSTANZA NELLA GIURISDIZIONE DI DIRITTO PRIVATO



Edizioni Scientifiche Italiane

Nella stessa collana

1. HANS KELSEN, *Sociologia della democrazia*, a cura di Agostino Carrino, 1991.
2. ELÍAS DÍAZ, *Etica contro politica. Gli intellettuali e il potere*, a cura di Morris L. Ghezzi, 1992.
3. ROBERT W. GORDON, *Storie Critiche del diritto*, a cura di Agostino Carrino, 1992.
4. THOMAS C. HELLER, *Strutturalismo e critica*, a cura di Mauro Pennasilico, 1992.
5. DUNCAN KENNEDY, *Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato*, 1992.
6. RAIMONDO CUBEDDU, (a cura di), *L'ordine politico*, in corso di stampa.
7. SIMONE GOYARD-FABRE, *Saggi su Kelsen*, in corso di stampa.
8. ALFRED SCHUTZ, *Mozart e i filosofi. Temporalità, musica, socialità*, a cura di Giuliana Stella, in corso di stampa.

Società e cultura

Collana diretta da
Agostino Carrino

5

DUNCAN KENNEDY

Forma e sostanza
nella giurisdizione di diritto privato



Edizioni Scientifiche Italiane

Titolo originale: Form and Substance in Private Law Adjudication
(«Harvard Law Review»), vol. 89 (June 1976), pp. 1685-1778.

Traduzione di: Agostino Carrino

KENNEDY, DUNCAN

Forma e sostanza nella giurisdizione di diritto privato

Collana: Società e cultura, 5

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992

pp. 122; 22,5 cm.

ISBN 88-7104-458-4

© 1976 by Duncan Kennedy

© 1992 by Edizioni Scientifiche Italiane su licenza di «Democrazia e diritto», bimestrale del centro di studi e di iniziative per la riforma dello stato, Roma.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

82100 Benevento, via Porta Rettori 19

20129 Milano, via Fratelli Bronzetti 11

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilms e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi

Parte prima

Questo saggio studia la natura e l'interconnessione dei diversi modi retorici trovati nelle opinioni, nei saggi e nei trattati di diritto privato americano. La mia tesi è che vi sono due opposti modi retorici per trattare questioni sostanziali: l'individualismo e l'altruismo. Vi sono anche due modi opposti per trattare le questioni della forma in cui le soluzioni giuridiche ai problemi sostanziali dovrebbero essere poste. Un modo formale favorisce l'uso di regole generali, chiaramente definite e altamente amministrabili; l'altro sostiene l'uso di standard di equità che producono decisioni *ad hoc*, fornite di un valore di precedenti relativamente scarso.

Il mio scopo è la difesa razionale di due intuizioni comuni relativamente a questi argomenti come esse si applicano alle dispute di diritto privato allorché non è in questione la validità della legislazione. La prima intuizione è che vedute altruistiche su questioni di diritto privato sostanziale portano alla volontà di ricorrere agli standard nell'amministrazione, mentre l'individualismo sembra armonizzarsi con una sottolineatura di regole rigide rigidamente applicate. La seconda è che i conflitti formali e sostanziali nel diritto privato non possono essere ridotti al disaccordo su come applicare alcuni calcoli neutrali che « massimizzeranno le soddisfazioni totali di bisogni umani validi »¹. Gli opposti modi retorici che i giuristi usano riflettono un più profondo livello di contraddizione. A questo livello più profondo noi siamo divisi, tra noi e anche in noi stessi, tra irricon-

¹ H. Hart - A. Sacks, *The Legal Process*, 1958¹⁰, p. 113.

ciliabili visioni dell'umanità e della società, e tra aspirazioni radicalmente differenti per il nostro futuro comune.

La discussione procede come segue. I paragrafi 1 e 2 pongono il problema della scelta tra regole e standard quali forme di direttive giuridiche, raccogliendo e organizzando i vari argomenti che sono stati trovati persuasivi in differenti aree di riflessione sul diritto. I paragrafi 3 e 4 [*Tre fasi del conflitto tra individualismo e altruismo*, omesso, *n.d.r.*] sviluppano la dicotomia dell'individualismo e dell'altruismo, con la speranza di portare un qualche ordine nella massa caotica delle « politiche » impiegate dai giuristi per giustificare particolari regole giuridiche. I paragrafi 5, 6 e 7 [rispettivamente: *La corrispondenza tra argomenti morali formali e argomenti morali sostanziali*; *La corrispondenza tra argomenti economici formali e argomenti economici sostanziali*; *I ragionamenti politici sull'orientamento del risultato giudiziale*, omessi, *n.d.r.*] sostengono che le dicotomie formali e sostanziali sono di fatto aspetti di un singolo conflitto, la cui storia viene brevemente tracciata attraverso centocinquantaquattro anni di dispute morali, economiche e politiche. Il paragrafo 8 [*Premesse fondamentali dell'individualismo e dell'altruismo*, omesso, *n.d.r.*] delinea gli insiemi contraddittori di premesse fondamentali che sottostanno a questo conflitto. Il paragrafo 9 è una conclusione.

Userò la *law of contracts* come fonte primaria di spiegazioni per due ragioni. La conosco meglio di altre aree di diritto privato, ed essa ha la fortuna di avere una letteratura scientifica straordinaria, piena di intuizioni che sembrano implorare applicazione al di là dell'angusto spazio in cui i loro autori le hanno sviluppate. Per esempio, buona parte di questo articolo si limita ad astrarre al livello del « diritto privato » la tesi di un articolo di Stewart Macaulay sulle carte di credito². Può essere utile prendere, quale testo di partenza, il seguente brano dal manuale *Contracts*, di Kessler e Gilmore³. « Il trionfo definitivo dell'idea del terzo beneficiario può essere considerato come un esempio ulteriore della progressiva liberalizzazione o erosione delle rigide regole della teoria ottocentesca dell'obbligazione contrat-

² Macaulay, *Private Legislation and the Duty to Read - Business Run by IBM Machine, The Law of Contracts and Credit Cards*, in *Vand. L. Rev.*, vol. 19, 1966, pp. 1051, 1056-69.

³ F. Kessler - G. Gilmore, *Contracts, Cases and Materials*, 1970², p. 1118.

tuale. Che questo processo sia andato avanti attraverso questo secolo è un fatto così chiaro da non aver bisogno di dimostrazioni. Il movimento complessivo ha percorso la via della espansione dello spettro e della quantità di obbligazione e responsabilità. Abbiamo visto lo sviluppo di teorie di responsabilità quasi-contrattuali, delle dottrine della *promissory estoppel* e della *culpa in contrahendo*, dell'idea, forse rivoluzionaria, che la legge impone alle parti di un contratto un obbligo positivo di agire in buona fede. Nello stesso periodo, le sanzioni per la violazione del contratto sono state notevolmente allargate. La reintegra di danni "speciali" o "conseguenziali" è diventata una prassi abituale in situazioni in cui la reintegra, cinquant'anni fa, sarebbe stata altrettanto usualmente negata. Il rimedio, una volta "eccezionale", dell'adempimento specifico sta diventando rapidamente l'ordine del giorno. D'altro canto, la parte che non ha adempiuto il suo obbligo contrattuale ma che, alla luce delle circostanze, è non di meno sentita incolpevole, è stata protetta con una notevole espansione delle teorie dell'esonero, come le idee coincidenti dell'errore e dell'annullamento (*frustration*). Per il pensiero giuridico del diciannovesimo secolo, proposizioni del tipo "nessun uomo è il tutore del fratello", "vince chi ha più fiato in gola", "si salvi chi può", non sembravano solo ovvie, ma moralmente giuste. L'aspetto che più colpisce della teoria del contratto ottocentesca è l'angusta dimensione del dovere sociale che implicitamente si presume. Nel nostro secolo abbiamo assistito a un evento che non sembra fantasioso descrivere come una socializzazione della nostra teoria del contratto ».

Il mio scopo è di esaminare le relazioni tra la prima e l'ultima frase del brano citato. Qual è il nesso tra la « *erosione delle rigide regole* della teoria ottocentesca dell'obbligazione contrattuale » e la « *socializzazione* della nostra teoria del contratto »? Comincerò con un'indagine sul concetto formale di regola rigida.

1. La teoria generale delle regole

La teoria generale delle regole è il corpo di pensiero giuridico che tratta esplicitamente della questione della forma giuridica. Essa trova le sue premesse nella nozione secondo cui la scelta tra standard e regole di differenti gradi di generalità

è importante e può essere analizzata indipendentemente dalle questioni sostanziali cui rispondono le regole o gli standard⁴.

a) *Dimensioni della forma. 1. La realizzabilità formale.* La prima dimensione delle regole è quella della realizzabilità formale. Userò questo termine, preso in prestito dal classico *Spirito del diritto romano* di Rudolph von Jhering, per descrivere il grado in cui una direttiva giuridica ha la qualità della « regolarità ». L'estremo della realizzabilità formale è una direttiva rivolta a un funzionario che gli richiede di rispondere alla presenza congiunta di ciascun aspetto di una lista di aspetti fattuali, facilmente distinguibili, di una situazione, intervenendo in un modo determinato. Jhering usava la determinazione della capacità giuridica con l'unico riferimento all'età quale un esempio primario di una definizione formalmente realizzabile di responsabilità; dal lato dei rimedi, egli usava la fissazione di pene pecuniarie di ammontari definiti quale tariffa di danni per particolari reati⁵.

Al polo opposto di una regola formalmente realizzabile si trova lo standard quale principio o linea politica per l'azione. Uno standard concerne direttamente uno degli obiettivi sostan-

⁴ Le fonti principali sulla teoria generale delle norme che conosco sono: J Bentham, *The Works of Jeremy Bentham* (ed. Bowring), 1839, vol. II, pp. 60-86, 508-585; Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 1873⁴, vol. II, pp. 939-944; R. von Ihering, *Der Geist des römischen Rechts*, 1883, vol. III, § 4, pp. 50-55 (disponibile in traduzione francese come R. von Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. di Meulenaere, 1877; le citazioni seguenti sono tratte dalla traduzione francese); M. Weber, *Economy and Society* (eds. Ross-Wittich), 1969, vol. II, pp. 656-667, 880-888; Pound, *The Theory of Judicial Decision*, III, in *Harv. L. Rev.*, vol. 36, 1923, p. 940; Fuller, *Consideration and Form*, in *Col. L. Rev.*, vol. 41, 1941, p. 799; von Mehren, *Civil Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analyses*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 72, 1959, p. 1009; Macaulay, *Justice Traynor and the Law of Contracts*, in *Stan. L. Rev.*, vol. 13, 1961, p. 812; Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 76, 1963, p. 755; Friedman, *Law, Rules and the Interpretation of Written Documents*, in *Nw. U.L. Rev.*, vol. 59, 1965, p. 751; Macaulay, *Private Legislation and the Duty to Read - Business Run by IBM Machine, The Law of Contracts and Credit Cards*, cit.; Dworkin, *The Model of Rules*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 35, 1967, p. 14; K. Davis, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, 1969; P. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969, pp. 11-18; Kennedy, *Legal Formality*, in *J. Leg. Stud.*, vol. 2, 1973, p. 351; R. Unger, *Law in Modern Society*, 1976, pp. 203-216; A. Katz, *Vagueness and Legal Control of Children in Need of Supervision*, in *Studies in Boundary Theory* (manoscritto inedito di prossima pubblicazione nella *Harvard Law Review*, 1976).

⁵ Cfr. R. von Jhering, *op. cit.*, pp. 51-56.

ziali dell'ordinamento giuridico. Alcuni esempi sono la buona fede, la cura dovuta, l'equità, l'iniquità, l'ingiusto arricchimento e la ragionevolezza. L'applicazione di uno standard richiede che il giudice scopra i fatti di una particolare situazione e li valuti in termini di scopi o valori sociali racchiusi nello standard⁶.

È stato un argomento comune, almeno a partire da Jhering, sostenere che le due grandi virtù sociali delle regole formalmente realizzabili, opposte agli standard o principi, sono il divieto di decisioni arbitrarie e la certezza. Divieto di decisioni arbitrarie e certezza sono distinti ma coincidenti. L'arbitrarietà dei funzionari è l'uso *sub rosa* di criteri di decisione inappropriati in vista degli scopi sottostanti alla regola. Questi vanno dalla corruzione al pregiudizio politico. Il loro uso è visto come un male in sé, del tutto indipendentemente dal loro impatto sull'attività privata.

La certezza, d'altro lato, è apprezzata per il suo effetto sulla cittadinanza: se gli attori privati possono conoscere in anticipo l'incidenza dell'intervento dei funzionari, essi aggiusteranno le loro attività in anticipo al fine di trarne vantaggio. Dal punto di vista dello stato, ciò aumenta la probabilità che l'attività privata seguirà un modello desiderato, mentre, dal punto di vista

⁶ Cfr. Hart-Sacks, *op. cit.*, pp. 126-129; Friedman, *op. cit.*, pp. 753-754; Dawson, *Uncoscionable Coercion: The German Version*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, pp. 1041, 1042-1047. La misura in cui parole o categorie particolari sono considerate sufficientemente « fattuali » da servire come la base di regole formalmente realizzabili cambia col tempo, è soggetta a controversie in ogni momento ed è una questione di grado. Per esempio, l'idea della competizione può apparire ad uno scrittore capace di generare risposte precise e prevedibili a problemi particolari della legge antitrust, mentre un altro può considerarla come non più che uno standard, inamministrabile se non attraverso un altro corpo di regole *per sé*. Cfr. Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and the Market Division*, in *Yale L.J.*, vol. 74, 1965, p. 775, nonché Turner, *The Principles of American Antitrust Law*, in *Comparative Aspects of Antitrust Law in the United States, the United Kingdom and the European Economic Community*, in *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 6, 1963, pp. 9-12. Una disputa simile si è avuta per quanto riguarda il criterio dei « migliori interessi dei bambini ». Cfr. Mnookin, *Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, in *Law & Contem. Prob.*, 1976, p. 226. Il nonno di queste controversie nel diritto angloamericano è la questione dell'« oggettivismo ». Il pensiero giuridico della fine del diciannovesimo secolo affermava che l'« intento soggettivo » non era più che uno standard e che le direttive giuridiche dipendenti dalla sua determinazione dovevano essere riformulate come regole riferentesi ad aspetti « esterni » della situazione. Cfr. Kennedy, *Legal Formality*, *cit.*, p. 364, n. 22.

dei cittadini, rimuove l'effetto inibitorio sull'azione che si verifica quando i guadagni di uno sono soggetti a sporadiche catastrofi giuridiche⁷.

Un altro argomento comune, almeno a partire da Jhering⁸, è stato di affermare che le virtù della realizzabilità formale hanno un costo. La scelta delle regole quale modo di intervento implica il sacrificio della precisione nel raggiungimento degli obiettivi che stanno dietro le regole. Supponete che la ragione per determinare una classe di persone prive di capacità è la convinzione che gli immaturi sono privi della facoltà del libero arbitrio. Stabilire la maggiore età a 21 anno renderà incapaci molti, ma *non tutti* quelli che sono privi di questa facoltà. E renderà incapaci alcuni che di fatto la posseggono. Dal punto di vista dello scopo delle regole, questa combinata sopra e sotto-inclusività si risolve non solo nell'autorizzare, ma nel richiedere un'arbitrarietà dei funzionari. Se noi adottiamo la regola, è a causa di un giudizio per cui questa specie di arbitrarietà è meno grave della arbitrarietà e della incertezza che risulterebbero dall'autorizzare il funzionario ad applicare lo standard del « libero arbitrio » direttamente ai fatti di ogni caso.

2. *Generalità*. La seconda dimensione che noi usiamo comunemente nel descrivere le direttive giuridiche è quella della generalità contrapposta alla particolarità. Una regola che stabilisce l'età della maggiore età giuridica a 21 anno è più generale di una regola che stabilisce l'età della capacità contrattuale a 21 anno. Uno standard di cura ragionevole nell'uso delle armi da fuoco è più particolare di uno standard di cura ragionevole nell'uso di « qualunque arnese pericoloso ». Generalità significa che l'artefice della direttiva giuridica sta cercando di uccidere molti uccelli con una sola pietra. L'ampia portata della regola o dello standard è un tentativo di trattare quante più possibili delle differenti immaginabili situazioni di fatto in cui può presentarsi una questione sostanziale⁹.

⁷ Mentre la certezza viene ora elogiata attraverso il linguaggio formale dell'efficienza, l'idea è stata familiare per secoli. Montesquieu, parlando dei contadini dell'Impero ottomano nel diciottesimo secolo, la esprime in questi termini: « Il possesso della terra è incerto e l'incentivo per lo sviluppo agricolo è conseguentemente indebolito: non v'è titolo né possesso che sia buono contro il capriccio dei governanti ». Cfr. C. de Montesquieu, *Lettres Persanes*, 1721, p. 64. Cfr. Kennedy, *op. ult. cit.*, pp. 365-377.

⁸ R. von Jhering, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁹ Cfr. in generale Friedman, *Legal Rules and the Process of Social Change*,

Le dimensioni della generalità e della realizzabilità formale sono logicamente indipendenti: possiamo avere standard generali o particolari così come regole generali o particolari. Vi sono però delle relazioni tra le dimensioni che comunemente emergono nella pratica. Innanzi tutto, una regola generale sarà più sopra e sotto-inclusiva di una regola particolare. Ogni regola implica una misura di imprecisione *vis-à-vis* il suo scopo (ciò per definizione), ma più ampia è la portata della regola, più grave diventa l'imprecisione.

In secondo luogo, la moltiplicazione di regole particolari mina la loro realizzabilità formale, accrescendo il numero di questioni « giurisdizionali ». Anche quando la portata di ogni particolare regola è definita in termini di criteri formalmente realizzabili, se abbiamo una diversa età di capacità per votare, bere, guidare, contrarre, sposarsi e far danni è probabile che vi siano contraddizioni e incoerenze in casi di confine. Una regola generale di capacità giuridica all'età di 18 anni elimina tutti questi casi in un sol colpo e in quella misura rende il sistema più formalmente realizzabile¹⁰.

In terzo luogo, un regime di regole generali dovrebbe ridurre a un minimo le occasioni di creazione di diritto da parte dei giudici. La generalità nella enunciazione garantisce che le decisioni individuali avranno effetti di lunga portata. Vi saranno meno casi di prima impressione, e poiché vi sono meno regole nell'insieme, vi saranno meno occasioni in cui un giudice è libero di scegliere tra linee confliggenti di autorità. Al tempo stesso, la realizzabilità formale elimina la legislazione *sub rosa* possibile sotto un regime di standard. Sarà chiaro qual è la regola e ognuno saprà se il giudice la applica. In una tale situazione il giudice è costretto a fronteggiare l'estensione del suo potere e questo solo dovrebbe renderlo più cauto nell'usarlo di quanto egli sarebbe altrimenti¹¹.

in *Stan. L. Rev.*, vol. 19, 1967, pp. 786, 832-835; Leff, *Contract as Thing*, in *Amer. U.L. Rev.*, vol. 19, 1970, pp. 131, 131-137. Per una illustrazione di come sorge la questione nel ragionamento giuridico, cfr. *Meinhard vs. Salmon*, 249, 1928, NY 458, 472, 164 NE 545, 549 (J. Andrews dissenziente). Cfr. anche nota 10, *infra*.

¹⁰ Questo fenomeno è discusso in Surrey, *Complexity and the Internal Revenue Code: The Problem of the Management of Tax Detail*, in *Law & Contemp. Prob.*, 1969, pp. 673, 695-702; Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 58, 1974, pp. 349, 374-377, 388-395.

¹¹ Sulla obbligazione di formulare regole come un controllo sul potere discre-

Infine, l'applicazione di uno standard ad una particolare situazione di fatto genererà spesso una regola particolare di portata molto più limitata di quello standard. Un modo caratteristico di ordinare un'area di questioni che include un vasto numero di situazioni possibili è attraverso la combinazione di uno standard con un gruppo di regole particolari di questo tipo sempre crescente. La generalità dello standard significa che non vi sono vuoti: è possibile trovare qualcosa su come i giudici disporranno i casi che non sono ancora sorti. Ma non si fa nessun tentativo di formulare una regola generale formalmente realizzabile. Piuttosto, il diritto dei precedenti riempie gradualmente l'area con regole così strettamente legate a fatti particolari da avere uno scarso o nullo valore di precedente¹².

3. *Formalità vs. regole designate a impedire un comportamento sbagliato.* C'è una terza dimensione per la descrizione delle direttive giuridiche che è tanto importante quanto la realizzabilità formale e la generalità. In questa dimensione, noi collochiamo ad un polo istituti giuridici il cui scopo è di prevenire la gente dall'impegnarsi in particolari attività perché queste attività sono moralmente sbagliate o altrimenti estremamente indesiderabili. La maggior parte del diritto penale si adatta a questo modello: le leggi contro l'omicidio mirano ad eliminare l'omicidio. All'altro polo vi sono istituti giuridici il cui obiettivo dichiarato è di facilitare l'ordinamento dei privati. Si suppone che gli istituti giuridici di questo polo — chiamati a volte formalità¹³ — aiutino le parti nel comunicare chiaramente al giudice quale delle varie alternative esse vogliono che egli segua nel trattare quelle controversie che possono sorgere più tardi nei loro rapporti. Paradigma, qui, è la legge sugli atti di trasferimento della proprietà (*law of conveyancing*).

zionale, cfr. K. Davis, *op. cit.*, pp. 52-96; Amsterdam, *op. cit.*, pp. 416-428.

¹² Il Chief Justice Shaw diede espressione classica a questa veduta in *Norway Plains Co. vs. Boston & Maine R.R. Co.*, 1854, 67 Mass. (1 Gray) 263, 267: «È uno dei grandi meriti e vantaggi della *Common Law* il fatto che, invece di una serie di regole pratiche dettagliate, stabilite tramite decisioni positive e adattate alle precise circostanze di casi particolari, che diventerebbero obsolete e cadrebbero, quando la pratica e il corso degli affari, cui si applicano, dovesse cessare o cambiare, la *Common Law* consiste di pochi, ampi e comprensivi principi fondati sulla ragione, la giustizia naturale e la politica pubblica, illuminata, modificata e adattata alle circostanze di tutti i casi particolari che vi ricadono».

¹³ Cfr. in generale Fuller, *op. cit.*; von Mehren, *op. cit.*

Le formalità sono premesse alla indifferenza del legislatore relativamente al numero di relazioni alternative in cui le parti decidono di entrare. Il loro scopo è di assicurare, innanzi tutto, che le parti sappiano cosa stanno facendo, e, secondo, che il giudice sappia cosa hanno fatto. A queste formalità ci si riferisce come alle funzioni cautelativa e probatoria delle formalità¹⁴. Così si suppone che la legge sulle frodi faccia prendere nota alla gente delle conseguenze legali di una scrittura e riduca le occasioni in cui i giudici impongono contratti inesistenti a causa di una falsa testimonianza.

Anche se premessa delle formalità è che il diritto non ha preferenze relativamente alla scelta tra corsi di azione alternativi da parte dei privati, esse operano attraverso la contraddizione delle intenzioni private. Ciò è vero sia che parliamo della legge sulle frodi¹⁵, della regola sulla prova orale¹⁶, dell'esigenza di un'offerta e di un'accettazione¹⁷, della determinatezza¹⁸ o di qualunque altra cosa. In ogni caso, la formalità significa che le parti, a meno che adottino il prescritto modo di manifestare i loro desideri, saranno ignorate. La ragione per ignorarle, per applicare la sanzione della nullità, è di costringerle ad essere consapevoli e ad esprimersi con chiarezza, non di influenzare la scelta sostanziale relativa a se contrattare o meno o a che cosa contrattare.

Al contrario, gli istituti giuridici relativi ai delitti imputano sanzioni a certi corsi di condotta al fine di scoraggiarli. C'è una ampia gamma di possibilità, che vanno dalla criminalizzazione

¹⁴ La limitazione delle funzioni delle formalità agli elementi cautelativo e probatorio sfida la tendenza moderna, iniziata da Fuller, a moltiplicare le funzioni quasi all'infinito. La funzione cautelativa, come io la uso, include sia il far pensare le parti due volte sia su ciò che stanno facendo sia sulle conseguenze legali. La funzione probatoria include sia il dare buone prove della esistenza di una transazione sia il fornire buone prove delle conseguenze legali che le parti intendevano seguire. Per i nostri scopi, non è necessario fare ulteriori suddivisioni. Cfr. Kennedy, *op. ult. cit.*, pp. 374-376. Un trattamento più dettagliato delle funzioni della forma può esser trovato in Fuller, *op. cit.*, pp. 800-804; von Mehren, *op. cit.*, pp. 1016-1017; I. Macneil, *Cases and Materials on Contracts Exchange Transactions and Relationship*, 1971, pp. 1314-1319; Perillo, *The Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form*, in *Ford L. Rev.*, vol. 43, 1974, pp. 39, 43-69.

¹⁵ Cfr. Perillo, *op. ult. cit.*, pp. 70-77.

¹⁶ Cfr. nota 33, *infra*.

¹⁷ Cfr., per esempio, *United States vs. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (SDNY 1947); Friedman, *op. cit.*, pp. 775-776.

¹⁸ Cfr., per esempio, B. Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, pp. 110-111.

vera e propria al semplice rifiuto di applicare contratti finalizzati alla realizzazione di atti « contrari al pubblico costume » (per esempio, contratti di non sposarsi). In quest'area, la sanzione della nullità non è adottata per forzare le parti ad adottare una forma prescritta, ma per scoraggiarle rendendo più difficile realizzare un particolare obiettivo.

Mentre i due poli sono del tutto chiari in teoria, è spesso estremamente difficile decidere come i concetti implicati si applicano nella pratica. Una ragione di questo fatto è che, quale che sia il suo scopo, la richiesta di una formalità impone un costo a coloro che devono usarla, e spesso non è chiaro se il legislatore intendeva che questo costo avesse un effetto deterrente insieme con le sue funzioni cautelativa e probatoria. Così, la richiesta che le promesse di lasciti siano fatte in forma scritta può aver voluto tendere al fine di scoraggiare la discesa della proprietà al di fuori del normale canale familiare, come anche al fine di diminuire la possibilità di false pretese¹⁹.

Un'altra fonte di difficoltà è che esiste una categoria intermedia di istituti giuridici che ha al tempo stesso sia la natura delle formalità sia delle regole volte a impedire la commissione di reati²⁰. In questa categoria ricadono un vasto numero di direttive applicate in situazioni in cui una parte ha danneggiato l'altra senza però fare qualcosa che il sistema giuridico considera intrinsecamente immorale o antisociale. È il caso, in generale, in cui le parti potrebbero fare, ma non hanno fatto, un accordo che avrebbe determinato l'evento in date circostanze. In assenza di un precedente accordo, spetta alla corte decidere che fare. Quelli che seguono sono esempi di regole di questo tipo:

a) regole che definiscono obblighi di cura verso un altro, imposti dalla *law of torts*, dalla *law of property*, dalla *law of quasi-contract* o da relazioni fiduciarie, o attraverso la richiesta di « buona fede » nella realizzazione di obbligazioni contrattuali;

¹⁹ Cfr. von Mehren, *op. cit.*, pp. 1016-1017.

²⁰ Cfr. in generale Calabresi - Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 85, 1972, p. 1089; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, pp. 54-87; E. Durkheim, *The Division of Labor in Society*, trans. Simpson, 1933, pp. 68-69, 127-129; Wellington, *Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication*, in *Yale L.J.*, vol. 83, 1973, pp. 221, 229-235. Cfr. anche note 22, 112, *infra*.

b) regole che definiscono le circostanze in cui violazioni di un obbligo legale saranno scusate (per esempio, per errore, impossibilità, assunzione di rischio, concorso di colpa, negligenza);
 c) regole per l'interpretazione di contratti e altri strumenti legali, nella misura in cui quelle regole vanno oltre il tentativo di determinare l'intento reale delle parti (per esempio interpretazione di contratti formali contro la parte che li ha redatti);
 d) la normativa in materia di risarcimento dei danni (*law of damages*).

L'ambiguità delle direttive giuridiche in questa categoria è più facile da cogliere nei casi di interpretazione e di esimenti. Per esempio, la norma sulla impossibilità del contratto alloca rischi che le parti potrebbero esse stesse aver allocato. Dottrine di questo tipo, che chiamerò dottrine suppletive, possono essere interpretate come dottrine che semplicemente tendono a facilitare. In altre parole, noi possiamo trattarle *non* come indicanti una preferenza per una condotta particolare (condivisione delle perdite quando eventi inattesi si verificano entro un contesto contrattuale), ma come sminuenti il processo di contrattazione rendendo noto in anticipo che termini particolari non hanno bisogno di essere esplicitamente determinati e messi per iscritto. Le parti rimangono libere di specificare al contrario ogni volta che il termine suppletivo non soddisfa i loro scopi.

D'altra parte, può essere chiaro che i termini in questione sono effettivamente intesi a indurre la gente ad agire in particolari modi, e che il legislatore non è indifferente se le parti li adottano. Questo approccio può essere segnalato da una richiesta di « dichiarazione chiara e non ambigua » dell'intento contrario, o da altre regole di interpretazione, come quella a favore di contratti bilaterali, piuttosto che unilaterali. Ma è solo quando le corti rifiutano di concedere anche un'esplicita rinuncia o modificazione dei termini, che noi sappiamo di essere del tutto fuori dal regno delle formalità²¹.

Lo stesso tipo di oscurità di scopo è presente nelle regole giuridiche che definiscono la responsabilità e fissano i danni

²¹ Cfr. A. Corbin, *Contracts*, III, § 534 (1960); Idem, §§ 632, 653; E. Durkheim, *op. cit.*, pp. 123-125; H. Hart - A. Sacks, *op. cit.*, pp. 251-256; Holmes, *The Path of Law*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 10, 1897, pp. 457, 466. Sulla impossibilità cfr. Kessler - Gilmore, *op. cit.*, pp. 742-744; Berman, *Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 63, 1963, p. 1413; Note, *The Economic Implication: of the Doctrine of Impossibility*, in *Hast. L.J.*, vol. 26, 1975, p. 1251.

nel campo della responsabilità, della proprietà e dei contratti. *Qualche volta* è assolutamente chiaro che lo scopo giuridico è di sradicare un particolare tipo di comportamento. Concedendo dei danni punitivi o una realizzazione specifica, per esempio, il legislatore indica che egli non è indifferente per quanto concerne i corsi di azione aperti alle parti. Ma dove i danni sono semplicemente compensatori, e forse anche allora non *pienamente* compensatori, c'è un problema. Il problema è aggravato quando questi danni sono richiesti sia per violazioni o illeciti civili che implicano un elemento di colpa sia per violazioni o illeciti innocenti (violazioni non neglienti; violazioni involontarie).

È non di meno possibile assumere una visione risolutamente moralistica dell'illecito e della violazione del contratto. Si può considerare il fatto di limitare i danni alla compensazione non come un condono della condotta in questione, ma come un riconoscimento dell'effetto deterrente che danni maggiori avrebbero sull'attività in generale, inclusa l'attività innocente e desiderabile. Ciò può anche essere un riflesso di qualche scrupolo sui guadagni inattesi delle vittime. La responsabilità per la violazione involontaria e per qualche altra non negliente è eccessivamente ampia dal punto di vista moralistico, ma può essere giustificata dalla necessità di evitare questioni di fatto disperatamente difficili.

La veduta contraria è che la responsabilità contrattuale e la responsabilità per illecito civile riflettono una decisione che, nella misura in cui la compensazione è pagata, il legislatore è indifferente rispetto al comportamento « errato » o « innocente »²². Le direttive giuridiche che definiscono la violazione contrattuale e l'attività illecita e che fissano le misure del danno si trovano allora in una classe speciale collocata a metà strada tra le formalità e le regole che puniscono quei crimini che sono *mala in se*. A differenza dalle regole dell'offerta e della accettazione, per esempio, esse riflettono un obiettivo morale: che gli attori privati dovrebbero interiorizzare i costi particolari delle loro attività ed hanno qualche sicurezza che non dovranno sopportare i costi delle attività degli altri. Ma l'obiet-

²² Cfr. O. Holmes, *The Common Law* (ed. Howe), 1963, pp. 233-239; M. Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes*, 1963, pp. 76-80; Calabresi - Melamed, *op. cit.*; Posner, *A Theory of Negligence*, in *J. Leg. Study*, vol. 1, 1972, p. 29.

tivo morale è limitato, esso non implica alcun giudizio sulle qualità dell'illecito o della violazione contrattuale in sé. Il torto in questione è la non compensazione, non il castigo del danno.

Insieme con un limitato contenuto sostanziale, queste dottrine giuridiche hanno limitate funzioni cautelative e probatorie. Esse definiscono in anticipo una tariffa che l'attore privato deve pagare, se vuole comportarsi in un determinato modo. Il legislatore non si preoccupa di quale scelta l'attore compie entro questa struttura, ma ha un interesse a che la scelta venga fatta consapevolmente e deliberatamente, nonché alla accuratezza dei procedimenti giudiziari che valuteranno la responsabilità di pagare la tariffa e determinare la sua quantità. Poiché egli non cerca di scoraggiare gli illeciti o le violazioni contrattuali, è importante definire la responsabilità e le sue conseguenze in modo da facilitare la scelta privata²³.

b) *Interrelazioni delle dimensioni formali.* La categorizzazione delle regole come formalità o come progettate a prevenire gli illeciti è logicamente indipendente dalle questioni della realizzabilità formale e della generalità. In altre parole, le direttive giuridiche volte a prevenire la condotta immorale o antisociale possono essere formulate in termini di regole generali o particolari, di standard generali o particolari, o in qualche tipo di combinazione. Questo è vero anche — benché meno ovvio — nel caso delle formalità. Mentre è facile immaginare le formalità previste come regole (generali o particolari) e difficile vederle come standard, non v'è nulla che impedisca a un giudice di annullare una transazione, nella quale le parti non hanno usato un prescritto modo di comunicazione, applicando uno standard. Per esempio, Williston favorì una regola generale per cui i contratti devono essere definiti per quanto riguarda il prezzo e la quantità, altrimenti non sono giuridicamente vincolanti²⁴. Ma lo *Uniform Commercial Code* assume la posizione generale che un accordo non è nullo a causa di indefinitezza se le parti intendevano mettere in essere un contratto e vi è una base adeguata per provvedere un rimedio in caso di violazione²⁵. Il giudice può ancora non considerare la

²³ Cfr., per esempio, Note, *Once More Into the Breach: Promissory Estoppel and Traditional Damage Doctrine*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 37, 1970, p. 559.

²⁴ Cfr. S. Williston, *Contracts*, 1937², § 37.

²⁵ UCC § 2-204. Per la critica di Williston cfr. Williston, *The Law of Sales*

volontà delle parti, punendole per non aver osservato la formalità, ma lo fa secondo criteri chiaramente privi di realizzabilità formale²⁶.

Nonostante l'indipendenza logica, vi sono argomenti convenzionali pro e contro l'uso delle regole generali sia nel progetto delle formalità sia nel progetto di direttive che prevengono la condotta antisociale o immorale. L'argomento relativo alle leggi volte a prevenire gli illeciti si concentra sugli effetti di « scoraggiamento » degli standard su quelle parti che si avvicineranno al comportamento vietato quanto più possibile senza essere presi. Quello sulle formalità identifica come questione cruciale l'impatto delle regole generali sulla disponibilità delle parti a padroneggiare il linguaggio della forma.

1. *Directive volte a prevenire gli illeciti*²⁷. L'uso delle regole, a differenza degli standard, per prevenire la condotta immorale o antisociale, significa che talvolta verrà punito il comportamento perfettamente innocente e che talvolta un comportamento assolutamente colpevole sfuggirà alla sanzione. Questi costi della eccessiva o della scarsa inclusione meccanica sono il prezzo di evitare l'arbitrarietà potenziale e la incertezza di uno standard.

Per quanto riguarda la scelta tra l'arbitrarietà meccanica delle regole e l'arbitrarietà pregiudicata degli standard c'è una tesi, secondo la quale il pregiudizio è da preferire perché esso « scoraggerà » quel comportamento al confine della odiosità sostanziale. Per esempio, una misura di incertezza su quando un giudice troverà una rappresentanza fraudolenta, o su quando la dichiarerà, può incoraggiare la franchezza e l'onestà. Le regole, d'altro canto, consentono al proverbiale « cattivo » di « passare il confine », cioè di avvantaggiarsi consapevolmente della scarsa inclusione per perpetrare la frode impunemente.

Vi sono tre comuni controargomenti a favore delle regole. In primo luogo, uno standard preverrà sia la condotta deside-

in the Proposed Uniform Commercial Code, in *Harv. L. Rev.*, vol. 63, 1950, pp. 561, 576.

²⁶ Per un altro esempio, cfr. la revisione proposta Perillo dello *Statute of Frauds*, in Perillo, *The Statute of Frauds*, cit., pp. 71-77.

²⁷ Per una discussione esauriente di questo argomento generale nel contesto del diritto amministrativo, cfr. Gifford, *Communications of Legal Standards, Policy Development, and Effective Conduct Regulations*, in *Cornell L. Rev.*, vol. 56, 1971, p. 409.

rabile sia quella indesiderabile²⁸. In secondo luogo, è probabile che standard in generale *in terrorem* siano in pratica delle tigri di carta. L'incertezza sul problema se la sanzione si materializzerà di fatto può portare a un livello inferiore di controllo sociale reale di quanto se ne verificherebbe se vi fosse un'area ben definita entro la quale vi sia un'alta probabilità di una pena anche mite. Per il furto, la morte è probabilmente una pena inefficace²⁹.

In terzo luogo, dove la condotta sostanzialmente indesiderabile può essere prevenuta effettivamente attraverso una vigilanza *privata*, le regole allertano, o allerterebbero, le vittime potenziali al pericolo. Per esempio, una regola generale formalmente realizzabile di *caveat emptor* stimolerebbe i compratori a prendere ogni specie di precauzione contro il venditore silenzioso. È vero che la regola consentirà anche il successo di molte frodi, ma queste, alla fine, possono essere meno numerose di quelle che si verificherebbero se i compratori sapessero che c'era la possibilità, per quanto incerta, di un rimedio legale per salvarli dalla loro negligenza nell'esaminare le merci. Ugualmente, la regola rigida per la quale i ventunenni sono adulti ai fini della capacità contrattuale rende il loro cambiamento di status più rilevante; li mette sull'avviso come uno standard (per esempio, l'influenza indebita) non farebbe³⁰.

Questi argomenti si applicano ai termini suppletivi e alle regole che definiscono la responsabilità civile e le misure del danno, almeno nella misura in cui consideriamo quegli istituti come volti a prevenire gli illeciti. Per esempio, l'aspettativa dei danni scoraggerebbe la violazione del contratto più efficacemente dell'affidamento nel risarcimento. L'affidamento è difficile da misurare e da provare, mentre in molte situazioni l'aspettativa può essere determinata quasi meccanicamente. Mentre la nostra preoccupazione reale può riguardare la perdita di tasca propria del promissario a causa di violazione, l'imprecisione occasionale dei danni derivanti dalla aspettativa può

²⁸ Cfr. Note, *The Void for Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 109, 1960, p. 67.

²⁹ Cfr. Hay, *Property, Authority and Criminal Law*, in *Albion's Fatal Tree*, 1975, pp. 17-26.

³⁰ Cfr. Kessler, *The Protection of the Consumer under Modern Sales Law, Part I*, in *Yale L.J.*, vol. 74, 1964, pp. 262, 266-267; Hamilton, *The Ancient Maxim, « Caveat Emptor »*, in *Yale L.J.*, vol. 40, 1931, pp. 1133, 1178-1182.

essere giustificata almeno nelle situazioni commerciali, sulla base di un superiore potere di deterrenza³¹.

2. *Le formalità.* Qui, come nell'area della condotta immorale o antisociale, il principale svantaggio delle regole generali è la loro sopra e sotto-inclusività dal punto di vista degli scopi del legislatore. Nel contesto delle formalità il problema è che le regole generali porteranno a molte istanze in cui il giudice è obbligato a tralasciare la reale intenzione delle parti che scelgono tra rapporti giuridici alternativi. Per esempio, egli rifiuterà di far rispettare quei contratti intesi ad essere vincolanti (sotto-inclusione), e farà rispettare termini di accordo contrari all'intenzione di una o anche di entrambe le parti (sopra-inclusione)³². Poiché stiamo trattando delle formalità, questo è un male: il legislatore non ha alcuna preferenza sostanziale sulla scelta delle parti, ed egli vorrebbe seguire i loro desideri.

a) *La tesi che vuole le formalità come regole.* La risposta è che il problema della sopra e sotto-inclusività ha un aspetto speciale nel caso delle formalità perché il legislatore può impiegare le energie delle parti nel ridurre la serietà della imprecisione delle regole. Le parti sono interessate a comunicare le loro esatte intenzioni al giudice, un interesse che è assente quando sono impegnate in attività che il sistema giuridico condanna come immorali o antisociali. Ma questa comunicazione ha un costo e implica dei rischi di fallimento. Più basso è il costo e maggiore è la probabilità che il giudice risponderà come ci si aspetta, più le parti investiranno nel far capire il messaggio.

Il legislatore può prender conto di questo calcolo privato nel progettare le formalità. Egli può ridurre il costo dell'apprendimento del linguaggio della forma rendendo le sue direttive quanto più possibile generali. Un sistema « tecnico », composto di molte regole o standard differenti che si applicano a situazioni strettamente connesse, sarà difficile da padroneggiare e in pratica porterà fuori strada. Per esempio, la formulazione

³¹ Cfr. Fuller - Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in *Yale L.J.*, vol. 46, 1936, pp. 52, 60-63.

³² Questa è la conseguenza della adozione di una teoria « oggettiva » del contratto per affrontare problemi come l'errore e la prova. Confronta Williston, *Mutual Assent in the Formation of Contracts*, in *Ill. L. Rev.*, vol. 14, 1919, p. 85, nonché Whittier, *The Restatement of Contracts and Mutual Assent*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 17, 1929, p. 441.

di Williston della regola della prova implica una regola di « chiaro significato della scrittura » per stabilire se una data integrazione racchiude l'accordo totale delle parti. Ma ciò è soggetto ad eccezioni per frode e violenza. Un'altra regola si applica nel determinare se l'integrazione era intesa come « finale », e ancora un'altra al problema degli accordi la cui imponibilità era intesa essere condizionale al verificarsi di eventi non menzionati nel documento. È difficile immaginare che un profano possa dominare questo groviglio dottrinale³³.

Se la generalità può ridurre il costo della competenza formale, la realizzabilità formale ridurrebbe il rischio che l'esercizio della discrezionalità del giudice porti la competenza formale a zero. Gli standard scoraggiano l'investimento in due modi. L'incertezza del risultato, se il giudice è libero di trovare l'intenzione, piuttosto che vincolato a rispondere meccanicamente ad atti rituali come il sigillo, ridurrà il profitto che ci si può attendere dall'impiego di cautela. Secondo, i pericoli di imprecisione sono ridotti perché il giudice può aiutarvi, se vi sbagliate grossolanamente. Il risultato può essere un pendio sdruciolevole di crescente informalità, che finisce col sistema giuridico che tratta le controversie sulle volontà come se fossero incidenti automobilistici dibattuti sotto uno standard errato.

Se le regole generali portano la gente a investire nella competenza formale, almeno in paragone agli standard, il risultato dovrebbe essere la riduzione della loro sopra e sotto-inclusività. In altre parole, l'applicazione della regola dovrebbe solo molto raramente condurre all'annullamento dell'intenzione delle parti. I rari casi che si verificano possono allora essere considerati come un piccolo costo da pagare per l'imposizione della sanzione della nullità. La gente perderà pochi treni, secondo questo ragionamento, se sa che il macchinista partirà senza di loro, piuttosto che ritardare qualche secondo. Gli standard, al contrario, sono dinamicamente instabili. Piuttosto che evocare l'azione privata che compensa le loro inadeguatezze, essi stimolano risposte che aggravano i loro difetti.

Infine, le regole incoraggiano i commerci in generale. Se un attore sa che l'uso di una formalità garantisce l'esecuzione

³³ Cfr. S. Williston, *Contracts*, 1937², §§ 631-647; Calamari - Perillo, *A Plea for a Uniform Parol Evidence Rule and Principles of Contract Interpretation*, in *Ind. L.J.*, vol. 42, 1967, p. 333.

delle sue intenzioni, egli farà cose che non farebbe, se vi fosse un rischio che l'intenzione verrebbe sconfitta. In particolare, gli attori, nel fare investimenti, si affideranno alla imposizione dei contratti, alla fiducia e così via. Poiché stiamo trattando delle formalità, è una questione di definizione per quanto il sistema giuridico sia ansioso di incoraggiare questa specie di attività finché le parti private desiderano impegnarsi in essa³⁴.

Le regole suppletive e i principi generali dell'illecito e della responsabilità contrattuale possono essere trattati, come abbiamo già visto, o come tesi in via primaria a sopprimere la violazione del contratto e il danno lesivo, o a strutturare la scelta privata tra danno *cum* compensazione e nessun danno. Se scegliamo di paragonare chi compie un illecito civile ad un testatore o a un avvocato delle assicurazioni, è facile dedurre che le regole generali formalmente realizzabili sono tanto importanti negli illeciti civili quanto lo sono nell'area delle pure formalità.

Se le regole sono chiare, la gente investirà tempo ed energia nel trovare cosa sono. Essi aggiusteranno poi il loro comportamento in modo da commettere illeciti solo fino ad punto nel quale ciò che guadagnano è uguale a ciò che devono pagare in compensazione. Un regime di standard, dall'altra parte, « scoraggerà » l'attività privata rendendo le sue conseguenze meno certe. Al tempo stesso l'incertezza riduce l'incentivo a trovare la natura dei propri doveri e poi a scegliere razionalmente tra il realizzarli e il pagare i danni.

b) *La critica della tesi delle regole.* Il punto centrale per prevedere le formalità come regole riposa su due insiemi di ipotesi, ciascuno dei quali è spesso sfidato in discussioni relative a effettivi istituti giuridici. Il primo insieme di ipotesi concerne l'impatto sui partecipanti reali di un sistema giuridico della richiesta di abilità formale. Se la tesi delle regole deve funzionare, noi dobbiamo anticipare che le parti private risponderanno infatti alla minaccia della sanzione di nullità imparando a far funzionare il sistema. Ma attori giuridici reali, a differenza di quelli ipotetici, possono non essere disposti, o essere incapaci di farlo³⁵.

I contratti dei commercianti di grosse quantità di prodotti

³⁴ Cfr. Fuller - Perdue, *op. cit.*, pp. 60-63; Kennedy, *op. cit.*, pp. 365-377.

³⁵ Cfr. la letteratura sui contratti di adesione raccolta in Leff, *op. cit.*, pp. 140-144; Friedmann, *Law Rules*, cit., pp. 759-761, 771-772, 779.

usano probabilmente il linguaggio formale più squisito e più precisamente manovrabile. I consumatori poveri, al contrario, sono probabilmente formalmente analfabeti. Da qualche parte, in mezzo, stanno gli uomini d'affari che hanno una comprensione altamente sviluppata della meccanica delle loro transazioni, e che tuttavia persistentemente — e in modo perfettamente razionale, dato il costo finanziario degli avvocati e il costo sociale e industriale del legalismo — non padroneggiano i tecnicismi giuridici che ritornano a colpirli quando le cose vanno male. Dobbiamo prender nota di tutte le variazioni particolari. Alla fine, possiamo decidere che un particolare sistema formale funziona in maniera così liscia che un rifiuto di colmare i vuoti con regole generali sarebbe un sacrificio senza motivo delle parti ad una primadonna giudiziale. Ma altri funzionano così male che si perde poco spiegandoli con delle scappatoie.

Questo problema dei differenti gradi di rispondenza alla sanzione della nullità può essere generalizzato alla categoria intermedia delle regole che definiscono l'illecito e la responsabilità contrattuale in assenza di specificazione di parte. Si può pensare che l'attività privata si dispiega solo raramente e sporadicamente con uno sguardo alle conseguenze legali. La legge interviene solo quando le cose sono andate a tal punto fuori strada che tutti i meccanismi privati per comporre dispute sono stati tentati e hanno fallito. Non è pertanto saggio trattare il processo di decisione giudiziale come se esso potesse o dovesse legiferare effettivamente per tutte, o anche la maggior parte, delle controversie relative ai contratti e agli illeciti, per non parlare di tutti i contratti o illeciti. Le parti hanno un interesse immediato a una risoluzione che non sarà né sotto né sovra-inclusiva dal punto di vista degli scopi del legislatore. L'interesse opposto nel dire agli altri chiaramente ciò che accadrà nelle loro ipotetiche cause future è debole, perché è improbabile che gli altri ascolteranno³⁶.

In quelle situazioni in cui alcune parti *sono* responsabili verso il sistema giuridico, un regime di regole generali formalmente realizzabili può intensificare la disparità nel potere contrattuale in transazioni tra attori giuridicamente esperti, che

³⁶ Cfr. Macaulay, *The Use and Non-Use of Contracts in the Manufacturing Industry*, in *Practical Lawyer*, vol. 9, 1963, p. 13.

usano il sistema giuridico costantemente, e attori non esperti senza avvocati o esperienze precedenti³⁷. Ad un estremo c'è una specie di frode che è estremamente difficile controllare efficacemente: una parte sa che l'altra parte *non* sa che il contratto dev'esser fatto per iscritto se deve essere legalmente vincolante. All'altro estremo c'è la contrattazione tra le parti in cui la parte con la maggiore abilità confida legittimamente su di essa per ottenere un risultato più favorevole di quello che si verificherebbe se tutti sapessero che il problema *doveva* essere lasciato alla discrezione del giudice.

Il secondo insieme di assunti che sottostà all'argomento a favore delle regole riguarda la possibilità pratica di mantenere un regime altamente formale. Una grande quantità di studi giuridici tra la prima e la seconda guerra mondiale mostrarono che le direttive legali che sembravano generali e formalmente realizzabili erano di fatto indeterminate³⁸. Prendete, per esempio, la « regola » secondo cui un contratto verrà rescisso per reciproco errore relativo alla « sostanza » o « essenza » della transazione, ma non per errori relativi alla « mera qualità o accidente », anche quando la qualità o accidente in questione era tutta la ragione della transazione. Siamo giunti a vedere le direttive giuridiche di questo tipo come inviti ad un bilanciamento *sub rosa* delle equità. Questi standard nascosti possono generare più incertezza di quanta ne genererebbe una franca ammissione che il giudice sta allocando una perdita tramite un riferimento ad una nozione vaga di buona fede e di equa transazione³⁹.

In altre situazioni, una « regola » che appare sbarazzarsi pulitamente di una situazione di fatto è annullata da una contro-regola la cui portata di applicazione sembra essere quasi identica. Accordi che accrescono gratuitamente le obbligazioni di un partner contrattuale non possono essere fatti rispettare per mancanza di *consideration*. *Ma* questi accordi possono essere vincolanti se il giudice può trovare una rescissione im-

³⁷ Cfr. in generale Galanter, *Why the « Haves » Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Changes*, in *Law & Soc. Review*, vol. 9, 1974, p. 95; Perillo, *op. ult. cit.*, pp. 70-71.

³⁸ Cfr. in generale Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 30, 1930, p. 431; Llewellyn, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 40, 1940, p. 581.

³⁹ Cfr. Thayer, *Unilateral Mistake and Unjust Enrichment as a Ground for the Avoidance of Legal Transactions*, in *Harvard Legal Essays*, 1934, p. 467.

plicità del vecchio contratto e la formazione di un contratto nuovo, che incorpora i termini unilateralmente onerosi. I realisti ci hanno insegnato a considerare questo sistema come una cortina fumogena, che nasconde l'abile decisione del giudice per quanto riguarda la coazione nel processo di rinegoziazione, e come una fonte di confusione e di cattivo diritto quando manca l'esperienza⁴⁰.

Il critico dell'argomento favorevole alle regole può spesso usare questa sorta di analisi per mostrare che ciò che sembra una regola è in realtà uno standard nascosto. È anche possibile, spesso, sollevare una pretesa plausibile che la ragione della « corruzione » di ciò che era supposto essere un regime formale era che i giudici erano semplicemente indisposti a sparare sugli ostaggi, a rompere le uova per fare la frittata e lasciare i passeggeri in pedana. Più in generale e più formalmente realizzabile la regola, maggiore l'influenza equitativa dei casi estremi di sopra e sotto-inclusione. Il risultato può essere una instabilità dinamica tanto perniciosa quanto quella degli standard. Ci saranno eccezioni che sono solo al principio innocue, un giocare coi fatti, l'invenzione di contro-regole — per esempio, il *waiver* (acquiescenza, remissione, dispensa) e l'*estoppel* (preclusione) — la manipolazione delle manifestazioni di intenti e così via. Ogni scappatoia che ha successo fa sembrare più ingiusto applicare rigidamente la regola nel caso successivo; ciò che era una volta chiaro viene ad essere circondato da una penombra tecnica e incerta che è più demoralizzante per l'investimento nella forma di quanto lo sarebbe uno standard dichiarato⁴¹.

2. Tipi di relazione tra forma e sostanza

La teoria generale della forma presentata nell'ultima sezione è comune a pensatori giuridici di molte epoche e molti luoghi.

⁴⁰ Cfr. i casi e le note raccolti in Kessler - Gilmore, *op. cit.*, pp. 478-508; UCC §§ 2-209; *Restatement (Second) of Contracts*, § 89D.

⁴¹ Cfr., per esempio, Gellhorn, *Contracts and Public Policy*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 35, 1935, pp. 679, 683-684; C. Kaysen - D. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, 1959, p. 235; Perillo, *Restitution in a Contractual Context*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 73, 1973, p. 1208. Sullo sviluppo del *promissory estoppel* come una causa di azione contrattuale alternativa attraverso la quale i danni possono essere risarciti senza acquiescenza con esigenze formali, cfr. G. Gilmore, *The Death of Contract*, 1974, pp. 66, 90.

Non sembra esservi ragione di mettere in dubbio che le nozioni di regola e standard, e l'idea che la scelta tra loro avrà conseguenze pratiche di ampia portata, sono utili nel comprendere e nel progettare gli istituti giuridici. Ma c'è anche di più.

La discussione presentava una posizione favorevole alle regole e una posizione favorevole agli standard, ma non v'era nulla che suggerisse che regole e standard fossero veramente incompatibili. Un ipotetico legislatore con scopi indefiniti potrebbe accostarsi al problema della forma senza alcuna inclinazione in un senso o nell'altro. Egli potrebbe usare l'analisi per identificare i probabili benefici che deriverebbero dall'uso di regole applicando la posizione pro-regole alle particolari circostanze che lo riguardano. Egli potrebbe poi analizzare la posizione opposta per avere un'idea dei costi che deriverebbero dall'uso di regole e dei vantaggi degli standard. Egli potrebbe prepararsi mentalmente ad adottare una forma, o l'altra, o una dell'infinito numero di posizioni intermedie, valutando la bilancia netta dei vantaggi in termini del suo obiettivo legislativo sottostante.

Da questo punto di partenza di descrizione « neutrale rispetto ai valori » delle conseguenze probabili della adozione di regole o standard, vi sono due direzioni del tutto differenti in cui si potrebbe spingere l'analisi della forma legale. Un'alternativa è di tentare di arricchire lo schema iniziale contestualizzandolo. Questo approccio implica la necessità di essere più specifici sia sulle situazioni particolari in cui operano i legislatori sia sui differenti obiettivi che essi cercano di raggiungere in quelle situazioni. La prima parte di questo paragrafo fornisce alcune spiegazioni di questa linea di indagine.

Il secondo, e, io penso, più importante, approccio ignora sia la questione di come regole e standard operano in ambienti realistici, sia la questione di come noi possiamo risolvere al meglio il problema di adattare la forma ad obiettivi particolari. Lo scopo della seconda linea di investigazione è di correlare le posizioni favorevoli agli standard e quelle favorevoli alle regole ad altre idee sull'ordinamento appropriato della società, e particolarmente a idee sul contenuto sostanziale proprio delle regole giuridiche. La seconda parte di questo paragrafo descrive questo approccio, come un preliminare alla sua continuazione nel paragrafo 3.

a) *Contestualizzazione*. Vi sono due modi principali di contestualizzazione che potrebbero essere chiamati, rispettivamente, l'approccio dell'ingegneria sociale e quello delle scienze sociali. Il primo mira a sviluppare dei principi che guideranno il legislatore nel decidere quando usare regole e quando usare standard. Il secondo evita giudizi normativi, preferendo semplicemente descrivere i vari effetti, legittimi e illegittimi, che seguono dalla scelta della forma.

1. *L'ingegneria sociale*. Sembra che la prima affermazione generale consapevole di principi per la scelta della forma, almeno da parte di un americano, sia la *Theory of Judicial Decision* di Pound, pubblicata nel 1923. La tesi di questo saggio è semplice: « regole giuridiche... che vengono applicate meccanicamente sono più adatte alla proprietà e alle transazioni d'affari; gli standard, dove l'applicazione procede sulla base di intuizioni, sono più adatti alla condotta umana e alla condotta di imprese »⁴².

Se ci chiediamo quale sia questo criterio della « adattabilità », Pound aveva una risposta pronta ma, dalla prospettiva di oggi, vuota: « Per gli scopi di oggi la nostra immagine dovrebbe essere non... di un corpo di deduzioni intoccabili a partire da dati ultimi metafisicamente dati cui gli uomini sono arrivati un secolo fa cercando di razionalizzare i fenomeni sociali di quel tempo..., ma piuttosto un'immagine di un processo di ingegneria sociale. Una tale immagine, mi azzardo a pensare, rappresenterebbe l'ordine sociale come un tentativo umano organizzato per soddisfare un massimo di bisogni umani con un minimo di sacrificio di altri bisogni »⁴³.

Pound era esplicito sul fatto che la « individualizzazione » del diritto attraverso l'uso di standard era inappropriata quando il valore cardine era la « sicurezza dei traffici ». Al tempo stesso, egli faceva libero uso dell'argomento secondo cui la certezza delle regole era spesso illusoria. Dove egli favoriva gli standard, egli pretendeva che la speciale natura delle circostanze rendeva « il sacrificio della certezza... più teorico che reale »⁴⁴.

⁴² Pound, *The Theory of Judicial Decision*, cit., p. 951.

⁴³ *Ivi*, p. 954.

⁴⁴ *Ivi*, p. 952. Quella che segue è la sua enunciazione più completa: « L'ingegneria sociale non può aspettarsi di affrontare tutti i suoi problemi con lo stesso macchinario. I suoi compiti sono vari come la vita e i complicati problemi di un complicato ordine sociale chiedono un meccanismo complicato ».

Vi sono poche aree del diritto in cui non vi sia stato, dal tempo del saggio di Pound, un tentativo di generalizzare su quale forma convenga meglio alla natura peculiare dell'argomento. Nel diritto di famiglia⁴⁵ e nel diritto del lavoro⁴⁶, nella legislazione antitrust⁴⁷ e in quella fiscale⁴⁸, nella legislazione per la prevenzione della delinquenza giovanile⁴⁹ e nelle condanne penali⁵⁰ vi sono state poche fluttuazioni da un modello all'altro e viceversa. Lo stesso dicasi del diritto amministra-

e una varietà di utensili giuridici. Questo è un argomento di discussione troppo vasto nel presente contesto. Basti dire che trasferimento di terra, eredità e successione e diritto commerciale si sono sempre rivelati suscettibili di essere regolati legislativamente, mentre nessuna codificazione della *law of torts* e nessuna definizione giudiziale o scientifica della frode o dei doveri fiduciari si è mai conservata. In altre parole, gli interessi sociali alla sicurezza della acquisizione e alla sicurezza delle transazioni — il lato economico dell'attività umana nella società civilizzata — richiedono regole o concezioni autoritativamente prescritte in anticipo e meccanicamente applicate. Questi interessi chiedono anche, in modo peculiare, la giustizia del giudice. Titoli di possesso terriero e gli effetti dei pagherò cambiari o contratti commerciali non possono essere fatti dipendere in nessun grado dalle circostanze uniche delle controversie in cui vengono in questione. È uno dei gravi errori della nostra attuale teoria della decisione giudiziale che, coprendo ogni individualizzazione, concede talvolta alla applicazione individualizzata di infiltrarsi in quelle situazioni dove non c'è altro che ingegneria sociale. D'altro lato, dove abbiamo a che fare con l'interesse sociale nella vita umana individuale e con pretese individuali alla auto-affermazione libera sussunta all'interesse sociale, il libero reperimento del giudice della ragione della decisione per il caso attuale è il modo più efficace di realizzare un compromesso praticabile ed è sempre andato avanti di fatto indipendentemente da quanto rigidamente, nella teoria, i tribunali sono stati legati dai testi di codici o da leggi » *ivi*, pp. 956-957.

⁴⁵ Cfr. Mnookin, *op. cit.*; Katz, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. Shulman, *Reason, Contract and Law in Labor Relations*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 68, 1955, pp. 999, 1016. L'amministrazione della richiesta del National Labor Relations Act di contrattare in buona fede è stata anch'essa argomento di dibattito. Cfr. per esempio, *H. K. Porter vs. NLRB*, 397 US 99 (1970); *NLRB vs. General Electric*, 418 F. 2d 736 (2d Cir. 1969), cert. denied, 398 US 965 (1970); H. Wellington, *Labor and the Legal Process*, 1968, pp. 52-63.

⁴⁷ Cfr. C. Kaysen - D. Turner, *op. cit.*, pp. 234-235; Bork, *op. cit.*; Bok, *Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 74, 1960, pp. 226, 295-298; Turner, *op. cit.*, pp. 9-12.

⁴⁸ Si è sostenuto che l'uso giudiziale di uno standard generale di « prevenzione dell'evasione fiscale » nell'interpretazione del *Tax Code* ha reso il codice più certo. Cfr. Surrey, *op. cit.*, pp. 694-695; S. Surrey, W. Warren, P. McDaniel, H. Ault, *Federal Income Taxation*, 1973, vol. 2, pp. 633-634.

⁴⁹ Cfr. *in re Gault*, 387 US 1, 1967; *McKeiver vs. Pennsylvania*, 403 US 528, 1971; Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure, or A Third « Model » of the Criminal Process*, in *Yale L. J.*, vol. 79, 1970, pp. 359, 399-404.

⁵⁰ Cfr. Dershowitz, *Background Paper*, in *Fair and Certain Punishment*, 1967, p. 100 (Report of the Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing, 1976).

tivo⁵¹, della procedura civile⁵² e della legge sui contratti⁵³.

L'approccio dell'ingegneria sociale non ha prodotto risultati convincenti oltre i confini di campi particolari. Generalizzazioni che a prima vista sembrano altamente plausibili si rivelano false ad un esame ulteriore, o almeno non più convincenti di contro-principi diametralmente opposti. Per esempio, Larry Tribe ha sostenuto recentemente, come questione di diritto costituzionale, che il trattamento della maternità di donne non sposate è « un'area in cui la necessità di riflettere norme in rapido mutamento, che toccano importanti interessi di libertà, costringe ad una determinazione individualizzata, non legata da nessuna regola empirica preesistente entro la zona del cambiamento morale »⁵⁴. Ma un recente articolo di Heymann e Holtz prende una posizione secondo cui l'esistenza di flussi morali rende estremamente importante l'uso di regole rigide *per sé*, nel definire la « personalità » a fini decisori del trattamento di neonati gravemente menomati⁵⁵. Forse le posizioni possono essere riconciliate in termini di un principio più astratto, ma non ne viene in mente nessuno.

La difficoltà di arrivare ad un consenso sul ruolo sociale ottimale delle regole è illustrata al meglio dal caso dell'art. 2 dello *Uniform Commercial Code*, che regola i contratti commerciali. Secondo una linea persistente di teorizzazione, associata a Max Weber⁵⁶, questa dovrebbe essere un'area adatta in maniera tipica alle regole. La « funzione sociale di mantenimento del mercato » richiede apparentemente, qui più che mai, un'approccio formale. Tuttavia, gli estensori dell'art. 2 si mossero nella convinzione che il diritto commerciale generale era adatto in maniera tipica agli standard. Questa scelta era basata esplicitamente sulla pretesa che idee come la « ragio-

⁵¹ Cfr. in generale Gifford, *op. cit.*; K. Davies, *op. cit.*

⁵² Cfr. F. Pollock - F. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (ed. Milsom), 1968, vol. 2, I, pp. 562-564; Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 89, 1976, p. 1281.

⁵³ Cfr. Friedman, *Law, Rules and the Interpretation*, cit., pp. 777-779; L. Friedman, *Contract Law in America*, 1965; Perillo, *op. ult. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁴ Tribe, *Structural Due Process*, in *Harvard Civ. Rights - Civ. Lib. Rev.*, vol. 10, 1975, pp. 269, 307.

⁵⁵ Heymann - Holtz, *The Severely Defective Newborn: The Dilemma and the Decision Process*, in *Public Policy*, vol. 23, 1975, pp. 381, 410-416.

⁵⁶ Max Weber, *op. cit.*, vol. 2; Macaulay, *Justice Traynor*, cit.; Friedman, *op. ult. cit.*, pp. 764-777; Macaulay, *Private Legislation*, cit., pp. 1056-1069; Friedman, *Contract Law in America*, cit.; Friedman, *Legal Rules*, cit.

nevolezza » e la « buona fede » possono essere in pratica affermate più che il sistema di regole tecnico e intricato che esse hanno rimpiazzato⁵⁷.

2. *L'approccio della scienza sociale.* Sforzi come quelli di Pound hanno un loro fulcro relativo alla legislazione, e riguardano quindi l'impatto delle regole sugli « interessi sociali » o « funzioni » generalizzati che si affermano essere importanti senza riguardo agli obiettivi « partigiani » o « politici » di gruppi particolari. L'approccio della scienza sociale non è ugualmente ristretto. Lo « scienziato », a differenza dell'« ingegnere », può chiedere come la scelta della forma favorirà gli interessi di alcuni partecipanti ad un conflitto e sfavorirà gli altri. Il mio scopo, qui, è semplicemente quello di illustrare questa prospettiva, più che di analizzarla o svilupparla pienamente. A questo scopo, può essere utile fare la seguente sottodivisione tra i tipi di conflitto per i quali è rilevante la scelta della forma:

- a) conflitto tra legislatori entro una singola istituzione, in particolare il conflitto tra « riforma » e status quo, comunque questi possano essere definiti;
- b) conflitto tra legislatori e un gruppo che si suppone eseguire la legge (per esempio, la polizia) o obbedirle (i cittadini);
- c) conflitto tra legislatori entro un'istituzione (per esempio, i tribunali) e conflitti in altre istituzioni (per esempio, la legislatura, la giuria) che hanno una giurisdizione parallela o coincidente.

a) *Gli standard come strumenti di mutamento.* Immaginate un tribunale con una regola secondo la quale l'interferenza legislativa nella libertà contrattuale è incostituzionale. Alcuni giudici di nuova nomina disapprovano questa politica. Essi *potrebbero* proporre una regola nuova: la questione se interferire o meno con la libertà contrattuale è intrinsecamente legislativa e non soggetta a sindacato costituzionale. Ma essi potrebbero trovare preferibile sostenere una regola per la quale solo l'interferenza « irragionevole » è proibita. Alcuni motivi per un tale atteggiamento hanno a che fare con i rapporti tra corte e legislativo come istituzioni in competizione, ma altri motivi potrebbero essere interni alla corte.

⁵⁷ Cfr. W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1973, cap. 12; Danzig, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, in *Stan. L. Rev.*, vol. 27, 1975, p. 621.

Primo, lo standard potrebbe rappresentare un compromesso sostanziale tra tutto e niente. I riformatori potrebbero sostenerlo perché privi del potere di imporre la loro soluzione ideale. Secondo, lo standard potrebbe essere adottato senza annullare nessun caso precedente. Invalidazioni precedenti di leggi potrebbero semplicemente essere reinterpretate come sentenze di irragionevolezza. Terzo, i riformatori potrebbero essi stessi essere incerti sul punto in cui era loro intenzione spingersi. L'esperienza sotto il governo di uno standard potrebbe portare col tempo all'emergere della conoscenza necessaria per formulare una regola più precisa di quella della deferenza in bianco al legislativo.

Naturalmente, i riformatori potrebbero adottare altre tattiche, per esempio potrebbero minare la realizzabilità formale della regola esistente, proponendo eccezioni e contro-regole o sviluppando limitazioni giurisdizionali alle reali sfide giuridiche alla legislazione. Tutto ciò che si può dire è che si *può* fare appello agli standard perché essi si confanno a una strategia politica per affrontare i conflitti, più che per ragioni intrinseche alla situazione sociale in cui saranno applicati o al contenuto sostanziale della legge in questione⁵⁸.

b) *Le regole come strumenti per controllare le azioni.* Una corte incaricata di porre regole per il comportamento della polizia nell'indagine criminale può essere convinta che la polizia tende ad attribuire un valore illecitamente basso ai diritti che i sospetti hanno di essere salvaguardati da ricerche e catture irragionevoli e dall'astenersi dal testimoniare contro se stessi. Questa differenza di valutazione sorge, supponiamo, sia da un disaccordo sostanziale sul contenuto delle garanzie costituzionali sia dalle tendenze innate delle grandi organizzazioni burocratiche.

In questa situazione, una corte potrebbe ritenere che regole generali formalmente realizzabili (notificazione di diritti legali precedenti all'interrogatorio) funzionerebbero molto meglio degli standard al fine di costringere l'agenzia esecutiva a mettere in pratica l'idea che la corte ha della questione. Uno standard

⁵⁸ Cfr. McCloskey, *Economic Due Process and the Supreme Court: An Exhumation and Reburial*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1962, pp. 34, 36-40. Sulla vaghezza nei contratti come risultato del compromesso cfr. Macaulay, *The Use and Non-Use of Contracts*, cit., pp. 14-17. Sugli standard legislativi cfr. Friedman, *Legal Rules*, cit., pp. 835-836.

potrebbe essere molto preferibile ad una regola se la corte potesse essa stessa applicarlo in ogni caso, ma la necessità della delegazione della funzione applicativa crea un pericolo eccessivo di nullità *de facto*⁵⁹.

Simili dilemmi sorgono nel rapporto tra la corte e i giurati, le legislature, i tribunali inferiori e le parti private. In ciascuno di questi rapporti può esservi un consenso generale sulla tesi secondo cui la corte è il legislatore legittimo, e che l'altra parte ha il solo obbligo di realizzare le direttive del giudice. Ma, dato uno standard di « compensazione equa », le giurie possono abitualmente infliggere danni punitivi che portano i giudici ad imporre regole dettagliate su come il danno *deve* essere misurato in tipiche situazioni di fatto⁶⁰. « Un uomo, un voto », può sembrare il solo meccanismo possibile per mantenere la redistribuzione, benché i giudici credano fortemente che uno standard di « equa rappresentanza » rifletterebbe meglio la loro propria filosofia politica e quella della nazione. Una corte senza alcun desiderio di punire datori di lavoro innocenti può non di meno esitare a leggere in una legge sulla opportunità di eguali impieghi per tutti una difesa « in buona fede » contro aggiudicazioni di liquidazioni monetarie⁶¹.

Ma non sarà sempre vero che il modo migliore per l'istituzione legislativa di controllare i subordinati è attraverso regole. La stessa diffusa accettazione della proposizione appare basata su assunzioni implicite sui costi burocratici del controllo diretto attraverso l'applicazione di standard. Dove questi costi sono bassi o inesistenti, è comune argomentare che il superiore preferirà l'approccio *ad hoc*, perché esso massimizza la sua discrezionalità. Rifiutando di enunciare altro che uno standard, il superiore con poteri di censura può indurre l'inferiore a seguire i suoi desideri con un'attenzione e una sottomissione che nascono dall'insicurezza. Se l'agenzia esecutiva sente l'« an-

⁵⁹ Cfr. *Miranda vs. Arizona*, 384, US, 1966, pp. 436, 455-470; Amsterdam, *op. cit.*, pp. 429-439. Sull'uso di regole dettagliate da parte del legislativo come mezzo per tenere a freno la discrezione dei giudici, cfr. Friedman, *Law, Rules and the Interpretation*, cit., p. 752 n. 4.

⁶⁰ Cfr. Kessler & Gilmore, *op. cit.*, pp. 1016-21; Friedman, *op. ult. cit.*, p. 778; Horwitz, *The Emergence of an Instrumental Conception of American Law*, in *Perspectives in American History*, vol. 5, 1971, pp. 287, 323.

⁶¹ Cfr. *Albermarle Paper Co. vs. Moody*, 422 US 405, 1975. Per una discussione dell'impatto della scelta della forma in accordi extra-giudiziali cfr. Macaulay, *Private Legislation*, cit., p. 1065. Sulla redistribuzione cfr. Friedman, *Legal Rules*, cit., pp. 815-820.

nullamento » come una sanzione seria e cercherà di evitarlo prestando orecchio a tutti i sottotoni sottili generati dalla applicazione dello standard da parte dell'istituzione di controllo, l'uso delle regole può essere controproducente. In verità, le regole possono favorire un senso di autonomia burocratica (o privata) che sarebbe assente sotto un regime di standard⁶².

c) *Le regole e la legittimità dell'azione giudiziale.* In molte situazioni che sorgono nel nostro sistema giuridico, è discutibile se le norme di condotta sostantive dovrebbero essere poste dalle corti o da qualche altra istituzione più « democraticamente legittima », come il legislativo, la giuria, o le parti private che perseguono i loro obiettivi per mezzo di istituti come il diritto dei contratti o delle società. I giudici che fanno diritto in queste situazioni devono preoccuparsi non solo del conflitto entro il giudiziario e di controllare efficacemente le agenzie subordinate, ma anche della questione se essi saranno considerati come degli « usurpatori » della giurisdizione da altre istituzioni. In breve, può esservi conflitto su chi è l'attore giuridico superiore e su chi è quello inferiore nelle premesse.

Nelle dispute sul ruolo giudiziale le parti si richiamano a immagini stereotipate di ciò che le corti, i legislatori, le giurie e i detentori privati di diritti « dovrebbero » fare. Un'idea molto radicata della funzione giudiziale è quella secondo cui i giudici applicano regole. Ne consegue che vi sarà spesso un grande vantaggio tattico, per una corte che vuole espandere il suo potere a svantaggio di un'altra istituzione, nel mettere in forma di regola le norme che vuole imporre. L'obiettivo è quello di ingenerare la popolare nozione laica secondo cui « discrezionalità » e « giudizi di valore » sono la provincia dei legislativi, delle giurie e delle parti private, mentre i giudici si

⁶² Cfr. la discussione della « funzione non-direttiva delle regole » in A. Gouldner, *Patterns of Industrial Bureaucracy*, 1955, pp. 157-181. Per esempio, Gifford, *op. cit.*, sostiene che l'uso di standard può essere caratteristico di agenzie amministrative con scarsi finanziamenti che sanno che una descrizione accurata di ciò che intendono fare rivelerebbe la loro debolezza e incoraggerebbe i trasgressori. L'idea che le regole garantiscono agli attori privati un'area di « autonomia » dal controllo giudiziale è sviluppata in Friedman, *Law, Rules and the Interpretation*, cit., pp. 754-755, 764-774, e in Kennedy, *Legal Formality*, cit., pp. 366-377. Weber sostiene che la tendenza verso gli standard nel diritto moderno riflette il desiderio di giudici e avvocati di riaffermare il loro potere e il loro prestigio rispetto al legislativo e alle parti private diventati indipendenti sotto la protezione di un regime di regole: M. Weber, *op. cit.*, vol. 2, p. 886.

occupano delle tecniche del ragionamento giuridico, tecniche che sono neutrali e ineluttabili e comunque incomprensibili.

Vi sono due modi diversi in cui la forma di regola puntella la legittimità dell'azione giudiziale. In primo luogo, gli elementi discrezionali nella scelta di una norma da imporre sono oscurati dal processo di giustificazione che mette una regola fuori dalla portata della politica, del precedente, del testo della Costituzione o di qualche altra fonte di diritto. Secondo, una volta che la norma è stata scelta, la forma di regola maschera l'elemento discrezionale implicito nell'applicare la norma ai casi. Uno standard è spesso un'arma tatticamente inferiore nella battaglia giurisdizionale, sia perché esso sembra meno plausibile nonostante sia il solo risultato valido del processo di ragionamento, sia perché è spesso chiaro che la sua applicazione richiederà o permetterà un riferimento ad aspetti « politici », o per lo meno non neutrali, della situazione⁶³. Per esempio, la Corte suprema negli anni cinquanta adottò un « test di bilanciamento » per l'interpretazione del primo emendamento della Costituzione. La questione era tipicamente se o no la Corte dovesse annullare una legge che il legislativo pretendeva essere necessaria per proteggere la « sicurezza nazionale ». I proponenti del test di bilanciamento tentarono di « mettere a confronto l'interesse alla libertà di parola con l'interesse alla sicurezza nazionale » quale mezzo per decidere sulla costituzionalità o meno della legge.

I giudici che favorirono questa procedura si preoccupavano in maniera più che esplicita di evitare che la Corte invadesse il territorio del potere legislativo. Essi sostennero che l'uso di uno standard avrebbe aumentato sia la consapevolezza giudiziale sia quella legislativa della natura inerentemente discrezionale della giurisdizione della Corte⁶⁴. La posizione opposta sosteneva che il primo emendamento fosse un « assoluto », intendendo dire che si trattava di una regola rigida. Gli assolutisti basavano la loro pretesa sulla natura stessa della giustizia legale, opposta a quella discrezionale⁶⁵. Essi ammette-

⁶³ Cfr. Note, *Civil Disabilities and the First Amendment*, in *Yale L. J.*, vol. 78, 1969, pp. 842, 851-852.

⁶⁴ La letteratura sul bilanciamento è raccolta in Note, *op. ult. cit.*, pp. 842-852. Cfr., per esempio, *Dennis vs. United States*, 342 US 494, 524-525, 542-543, 1951; P. Freund, *The Supreme Court of the United States*, 1949, p. 44.

⁶⁵ Cfr., per esempio, Frantz, *Is the First Amendment Law? A Reply To Professor Mendelson*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 51, 1963, p. 729.

vano anche, occasionalmente, in merito al problema del bilanciamento, che « sarà quasi impossibile, ormai, sbarazzare la formula dagli elementi di resa politica cui è stata per lungo tempo associata. Questa stessa frase, bilanciamento degli interessi, ha un tale sapore legislativo da minare indebitamente la fiducia dei giudici in se stessi »⁶⁶.

Non di meno, vi sono limiti alla utilità della forma di regola quale arma tattica, come la Corte suprema ha scoperto nelle controversie sia per quanto riguarda la decisione « un uomo un voto »⁶⁷ sia per quanto riguarda i suoi specifici limiti temporali per vari aspetti della regolazione dell'aborto⁶⁸. Sembra che, mentre ci si aspetta che i giudici abbiano le regole, non ci si aspetta che le regole siano *quantitativamente* precise. Come « giudizi di valore », la scelta tra 30 giorni e 31 giorni è ritenuta politica o amministrativa. La ragione, presumibilmente, è che regole quantitativamente precise sono ovviamente dei compromessi: i casi di confine su un lato sono stati disposti arbitrariamente al fine di *avere* un confine. Ciò rende non plausibile che il precedente o il « ragionamento giuridico » siano i soli elementi ad entrare nella decisione⁶⁹.

Potremmo contestualizzare all'infinito. Il problema della forma, in questa prospettiva, non è mai più che un problema di tattica politica, analogo al problema che ha il riformatore di scegliere tra linee di attacco gradualiste e linee di attacco di confronto, tra il sottolineare la centralizzazione o la decentralizzazione nell'organizzazione. Le tattiche sono rigidamente subordinate alla scelta tra fini, la forma segue la funzione, e la lezione principale da trarre è che non bisognerebbe avere nessuna inclinazione a priori nello scegliere tra le probabilità. Nel valutare una proposta di cambiare un regime di regole in uno standard, o viceversa, dovremmo ignorare tutto ciò che si accampa sui meriti intrinseci di posizioni formali e chiedere una

⁶⁶ M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, 1966, p. 103.

⁶⁷ *Reynold vs. Sims*, 377 US 533, 1964.

⁶⁸ *Roe vs. Wade*, 410 US 113, 1973.

⁶⁹ Cfr. in generale Friedman, *Legal Rules*, cit., pp. 820-825. Sull'aborto cfr. Tribe, *Supreme Court, 1972 Term - Foreword: Toward A Model of Roles in the Due Process of Life and Law*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 87, 1973, pp. 1, 4, 26-29; Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe vs. Wade*, in *Yale L.J.*, vol. 82, 1973, pp. 920, 924-926. Sulla redistribuzione cfr. A. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970, pp. 151-173.

spiegazione per quanto riguarda gli effetti. Qual è l'obiettivo sostanziale? Come la scelta della forma tocca la probabilità di racchiudere nel diritto l'obiettivo? Chi metterà in pratica la regola o lo standard? Come può essere evaso l'uno o l'altra? Come la scelta della forma toccherà la pretesa del legislatore di legittimità istituzionale?

b) *La forma come sostanza.* Il problema principale della contestualizzazione, come l'ho presentata sin qui, è che essa lascia inspiegato il senso comune secondo cui la scelta della forma è raramente puramente strumentale o tattica. Come essi appaiono nella vita reale, gli argomenti pro e contro l'uso delle regole contengono forti accentuazioni tratte dai dibattiti sostanziali su quali valori e quali concezioni del mondo noi dovremmo adottare.

Nello scegliere una forma attraverso la quale raggiungere uno scopo, noi stiamo quasi sempre facendo un'affermazione che è indipendente, o almeno distinguibile, dall'affermazione che facciamo nello scegliere lo scopo stesso. Ciò di cui abbiamo bisogno è un modo di connettere i valori che sono intrinseci *alla* forma ai valori che cerchiamo di realizzare *attraverso* la forma.

I differenti valori che le persone comunemente associano con i modi formali di regola o standard sono trasmessi dalle parole emotive o di giudizio che gli avvocati delle due posizioni usano nel corso di una discussione su una particolare questione. Ecco un elenco indicativo tratto dalla vasta *data bank* di conversazioni casuali. Immaginate, per i temi nella prima colonna, uno scambio del tipo: « Le regole sono *A* »; « No, esse sono *B* ». « Ma gli standard sono *C* »; « Al contrario, essi sono *D* ».

Regole		Standard	
<i>buono</i>	<i>cattivo</i>	<i>buono</i>	<i>cattivo</i>
Neutralità	Rigidità	Pregiudizi	Flessibilità
Uniformità	Conformità	Favoritismo	Individualizzazione
Precisione	Analiticità	Noncuranza	Creatività
Certezza	Obbligatorietà	Incertezza	Spontaneità
Autonomia	Alienazione	Totalitarismo	Partecipazione
Diritti soggettivi	Interessi legittimi	Tirannia	Comunità
Privacy	Isolamento	Invadenza	Preoccupazione
Efficienza	Indifferenza	Sentimentalità	Equità
Ordine	Reazione	Caos	Evoluzione
Rigore	Punizione	Permissività	Tolleranza

Fiducia in sé stessi	Avarizia	Romanticismo	Generosità
Confini	Muri	Invasione	Empatia
Stabilità	Sclerosi	Disintegrazione	Progresso
Sicurezza	Minaccia	Dipendenza	Fiducia

Questa lista suggerisce qualcosa che noi tutti sappiamo: che la preferenza per le regole o gli standard è un aspetto di opposte posizioni sostanziali nella vita familiare, nell'arte, nella psicoterapia, nell'educazione, nell'etica, nella politica e nell'economia. È anche vero che tutti siamo, in qualche misura, ambivalenti nei nostri sentimenti su questi conflitti sostanziali. Vi sono solo poche persone che sono sicure o che una parte ha ragione o che essi hanno un insieme di metacategorie che consentono di scegliere la parte giusta per qualunque situazione particolare. In verità, la maggior parte delle idee che potrebbero servire a risolvere il conflitto e a rendere possibile una scelta razionale sono dichiarate a gran voce da entrambi i lati:

Regole		Standard	
<i>buono</i>	<i>cattivo</i>	<i>cattivo</i>	<i>buono</i>
Moralità (giocare secondo le regole)	Moralismo (rigore ipocrita)	Moralismo (ipocrisia sulle proprie intuizioni)	Moralità (apertura alla situazione)
Libertà			Libertà
Equità	Arbitrarietà meccanica	Arbitrarietà della soggettività	Equità
Eguaglianza (di opportunità)	(del diritto di dormire sotto i ponti di Parigi)	(di soggezione ai giudizi di valore di altre persone)	Eguaglianza (di fatto)
Realismo	Cinismo	Romanticismo	Realismo

Finché consideriamo il dibattito sulla forma come un dibattito solo sui mezzi, esso è un dibattito su fatti, e la realtà può essere concepita come un arbitro ultimo alla cui decisione finale, se siamo degli esseri razionali, noi dobbiamo sottometterci⁷⁰. Ma se il problema è se l'eguaglianza « reale » è egua-

⁷⁰ Le associazioni e contraddizioni nelle mie due liste non pongono alcun problema speciale per colui che opera la contestualizzazione. In primo luogo, è qualche volta possibile semplicemente ignorare i valori che sembrano implicati nella scelta della forma sulla motivazione che le persone implicate non se ne preoccupano, o che i valori sostanziali in gioco sono assai più importanti. L'oppositore delle regole meccaniche nella vita familiare può ritenere assurdo preoccuparsi della meccanicità, quando la questione è di far rispettare una legge

glianza di opportunità o eguaglianza di godimento delle cose buone della vita, allora la situazione è differente. Ugualmente se la questione è se la natura umana « è » buona o cattiva, o se gli individui agiscono « realmente » come massimizzatori dei loro interessi. Per questa specie di questione, sia che sia formulata in termini di ciò che è o di ciò che dovrebbe essere, noi accettiamo il fatto che non vi è nessun arbitro (oppure che egli tace, o che l'arbitro è la storia, la quale non avrà nulla da dire se non molto dopo che saremo morti)⁷¹. Così, le posizioni pro-regole e quelle pro-standard sono più che un invito ad un'analisi positivista della realtà. Esse sono anche un invito a scegliere tra insiemi di valori e di concezioni del mondo.

La grande limitazione del metodo della contestualizzazione è che è inutile nel cercare di capire il carattere di una tale scelta. Il soggetto che contestualizza assume i valori e le concezioni del mondo come date e studia le loro implicazioni in situazioni particolari. Tuttavia, non è impossibile o futile discutere sulla scelta dei fini, o sulla loro natura e interrelazione. Noi lo facciamo di continuo, cambiamo in conseguenza, e questi cambi non sono né casuali né ineffabili. Il resto di questo saggio è un esempio di questo tipo di discussione. La sua premessa è che noi avremo una migliore comprensione di questioni attinenti alla forma se potremo connetterle in modo significativo a questioni sostantive su ciò che dovremmo volere e sulla natura dell'umanità e della società⁷². Vi sono due passi verso l'argomento. Il primo è di porre la dicotomia sostanziale di in-

sul salario minimo. In secondo luogo, ed è una questione più importante, noi possiamo incorporare i valori che ineriscono a diverse istituzioni sociali nel processo sostanziale di decisione. Invece di decidere in primo luogo che cosa vogliamo e poi come ottenerlo, noi possiamo trattare il « come » quale un aspetto del « cosa ». Chi decide formula i suoi obiettivi « soggetto alla costrizione » che egli sarà in grado di usare solo mezzi accettabili per raggiungerli. O egli si impegna in un processo avanti-indietro di investigazione degli scopi, poi dei mezzi, ritornando poi a riformulare gli scopi alla luce della nuova informazione. O egli integra l'intero processo, trattando i valori formali o processuali come indistinguibili da quelli relativi ai risultati. Cfr. Tribe, *Policy Science: Analysis or Ideology*, in *Phil. & Pub. Aff.*, vol. 2, 1972, p. 66; Tribe, *Ways Not to Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law*, in *Yale L. J.*, vol. 83, 1974, pp. 1315, 1317-1325.

⁷¹ Due introduzioni alla letteratura americana sono M. White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, 1957², e E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and The Problem of Value*, 1973. Per il diritto, cfr. Hart, *Positivism and Separation of Law and Morals*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 71, 1958, pp. 593, 620-629; Hart & Sacks, *op. cit.*, pp. 126-129.

⁷² Cfr. P. Selznick, *op. cit.*

dividualismo e altruismo e di mostrare che la questione della forma è uno dei suoi aspetti. Il secondo è di tracciare storicamente e analiticamente il corso del conflitto tra le due posizioni più ampie.

Il metodo che io ho adottato in luogo della contestualizzazione potrebbe essere chiamato, in un senso debole, dialettico, o strutturalista, o storicista, o il metodo delle contraddizioni⁷³. Una delle sue premesse è che l'esperienza di un conflitto irrisolvibile tra i nostri valori e i modi di comprendere il mondo sta qui per restare. In questo senso esso è pessimistico, si potrebbe persino dire disfattista. Ma un'altra delle sue premesse è che c'è ordine e significato da scoprire anche entro il senso della contraddizione. Inoltre, il processo della scoperta di questo ordine e di questo significato è sia buono in se stesso sia enormemente utile. In questo senso, il metodo della contraddizione rappresenta un atteggiamento che è ottimistico e persino utopico. Il che non significa che qualunque tentativo particolare varrà la carta su cui è scritto.

3. Altruismo e individualismo

Questo paragrafo introduce la sostanziale dicotomia di individualismo e altruismo. Sono, questi, due atteggiamenti opposti, che si manifestano nelle discussioni sul contenuto delle regole di diritto privato. La mia tesi è che gli argomenti usati dai giuristi sono relativamente pochi e altamente stereotipati, benché siano applicati in una infinita diversità di situazioni di fatto. Ciò che io ho fatto è stato di astrarre queste forme tipiche o insiemi retorici e tentare di analizzarli. Credo che essi siano utili al compito generale di comprendere perché giudici e legislatori hanno scelto di far rispettare o stabilire particolari dottrine di diritto privato. Perciò questo paragrafo e il pros-

⁷³ Alcune opere importanti nella tradizione cui faccio riferimento sono: G. Hegel, *Filosofia del diritto*; K. Marx, *La questione ebraica*; R. von Jhering, *op. cit.*; F. Pollock - D. Maitland, *op. cit.*; Lukács, *Storia e coscienza di classe*; K. Mannheim, *Ideologia e utopia*; H. Marcuse, *Ragione e rivoluzione*; C. Lévi-Strauss, *Il pensiero selvaggio*; R. Unger, *Conoscenza e politica*; A. Katz, *op. cit.* Non tutte queste opere, o anche la maggior parte di esse, sono basate sulle premesse sulla permanenza di contraddizioni nella coscienza che sono descritte nel testo che segue questa nota. La mia posizione è più vicina a quella di Mannheim e Lévi-Strauss. È anche vicina a quella di Griffiths, *op. cit.*, e Katz.

simo dovrebbero essere utili indipendentemente dal loro scopo immediato, che è di stabilire un correlato giuridico sostantivo per la dicotomia di regole e standard. Gli altri paragrafi cercano di legare gli atteggiamenti nella dimensione formale con quelli nella dimensione sostanziale, e poi di identificare l'insieme contraddittorio di premesse che sottostanno ad entrambi i tipi di conflitto.

a) *Il contenuto dell'ideale dell'individualismo.* L'essenza dell'individualismo risiede nel fare una netta distinzione tra gli interessi di uno e gli interessi di altri, insieme alla convinzione che una condotta che preferisca i propri interessi è legittima, ma che bisognerebbe rispettare le regole che rendono possibile coesistere con altri individui ugualmente interessati a se stessi. La forma di condotta associata con l'individualismo è la fiducia in se stessi, vale a dire un'insistenza sul definire e il realizzare obiettivi senza aiuto da parte degli altri (cioè, senza essere dipendenti da loro o chieder loro dei sacrifici). Significa accettare che essi non condivideranno i loro guadagni né le perdite di un altro, nonché una convinzione ferma del fatto che io sono autorizzato a godere i benefici dei miei sforzi senza avere alcun obbligo di condividerli o sacrificarli agli interessi di altri ⁷⁴.

⁷⁴ Alcune interessanti trattazioni ottocentesche della fiducia in se stessi sono R. Emerson, *Self-Reliance*, in *Essays, First Series*, 1847, e H. Spencer, *Justice*, 1891. Un classico giudiziale nel filone individualista è *Smith vs. Brady*, 17 NY, 173, 1858. La mia definizione dell'individualismo deve molto a A. Dicey, *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, 1905. I realisti giuridici americani usarono il termine estesamente per descrivere lo « spirito » del diritto privato e pubblico del diciannovesimo secolo. Cfr., per esempio, Hamilton, *Property - According to Locke*, in *Yale L. J.*, vol. 41, 1932, p. 864. Quest'uso è ancora corrente: cfr. Dawson, *op. cit.*, p. 1047. Sulla storia intellettuale dell'individualismo, cfr. R. McCloskey, *American Conservatism in the Age of Enterprise*, 1951; R. Hofstadter, *Social Darwinism in American Thought 1860-1915*, 1944; E. Kirkland, *Dream and Thought in the Business Community, 1860-1890*, 1956; S. Fine, *Laissez-Faire and the General-Welfare State. A Study of Conflict in American Thought 1865-1901*, 1956; R. Wiebe, *The Search for Order, 1877-1920*, 1967. La retorica della fiducia in se stessi è un tema permanente del discorso pubblico americano. L'etica individualista si riflette in un perenne sforzo della teoria economica che sottolinea il carattere naturale e benefico del conflitto economico e della competizione. Secondo questa veduta, il benessere sociale, *alla lunga*, sarà massimizzato solo se preserviamo un potente complesso di incentivi all'attività individuale. La tesi è che il benessere e la felicità di un popolo dipendono meno da vantaggi naturali o dalla saggezza dei governanti che dalla fibra morale della cittadinanza, cioè, dalla fiducia in se stessi. Se sono fiduciosi

È importante esser chiari dall'inizio che l'individualismo si distingue nettamente dal puro egoismo, quella veduta secondo cui è impossibile e non desiderabile porre alcun limite al perseguimento del proprio interesse. La nozione di fiducia in se stessi ha un forte contenuto morale positivo, chiede infatti di rispettare i diritti degli altri. Questo significa che l'etica individualista è, a suo modo, tanto esigente quanto la controetica dell'altruismo. Ciò implica la rinuncia all'uso della forza sia privata sia pubblica nella lotta per la soddisfazione dei propri interessi, e l'acquiescenza al rifiuto degli altri di comportarsi in maniera comunitaria.

L'individualismo dà una giustificazione degli istituti giuridici fondamentali del diritto penale, della *property law*, della *tort law* e della *contract law*. La funzione del diritto è la definizione e l'imposizione dei diritti soggettivi, di quei limiti al perseguimento del proprio interesse che distinguono un regime individualista da uno semplicemente egoista. La grande preoc-

di sé, essi supereranno ostacoli, faranno in modo di cambiare la sorte e, sopra tutto, produrranno progresso attraverso la continua ricerca del vantaggio personale entro la struttura esistente di diritti. La dichiarazione classica di questa posizione è J. Bentham, *The Theory of Legislation* (ed. Ogden), 1931, pp. 119-122. Sugli Stati Uniti del diciannovesimo secolo, cfr. J. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, 1956. Cfr. anche le opere di storia intellettuale citate in questa nota. Una rappresentativa formulazione moderna è A. Okun, *Equality and Efficiency. The Big Tradeoff*, 1975. L'individualismo economico, come io sto usando il termine, non è sinonimo del laissez-faire ottocentesco. Esso si richiama agli effetti benefici della competizione e della fiducia in se stessi entro qualunque struttura di diritti e di regolazioni che lo stato possa aver posto. Cfr. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, 1962, pp. 57-58; E. Rostow, *Planning for Freedom*, 1959, pp. 10-45. L'espressione politica dell'individualismo è il concetto di un regime che assicura la libertà entro una struttura di diritti legali. La libertà — o autonomia — è concepita come un bene in sé perché è sinonima della abilità di perseguire la propria concezione del bene al meglio delle proprie capacità. La funzione dello stato (la sua sola funzione primaria e intrinsecamente legittima) è di far rispettare gli eguali diritti di tutti i membri del corpo politico. Lo stato garantisce che finché si resta entro l'area di autonomia per il libero arbitrio individuale, si riceveranno i benefici e si sopporteranno le cattive conseguenze del corso di azione scelto. Così, i diritti ci proteggono simultaneamente nel possesso dei frutti delle nostre attività e ci impediscono di chiedere che gli altri partecipino alle nostre disgrazie. Il progenitore delle teorie americane di questo tipo è J. Locke, *Two Treatises of Government*, (ed. Laslett), 1960. Un esempio di versione ottocentesca è H. Spencer, *Justice*, 1981, p. 176. La moderna versione conservatrice è rappresentata al meglio da F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960. La moderna versione libertaria è tutta intorno a noi ma non ha nessun esponente-guida. Cfr. Black, *The Bill of Rights*, in *NYUL, Rev.*, vol. 35, 1960, p. 865.

cupazione della filosofia giuridica individualistica è di giustificare queste restrizioni di fronte agli appetiti illimitati e che si presume essere legittimi ⁷⁵.

Un egoista puro difende le leggi contro l'uso della forza sulla sola base del fatto che esse sono necessarie per prevenire la guerra civile ⁷⁶. Per l'individualista, le regole contro l'uso della forza hanno un'intrinseca giustizia perché si identificano con l'ideale della fiducia in se stessi, con l'obiettivo economico della sicurezza per gli sforzi dell'individuo e con la retorica politica del libero arbitrio, dell'autonomia e dei diritti naturali ⁷⁷. Le regole contro l'uso della violenza forniscono uno spazio entro il quale realizzare questo programma, piuttosto che un semplice baluardo contro il caos.

Un qualche livello di protezione della persona e della proprietà contro l'interferenza non violenta (furto, frode, negligenza) è anch'esso desiderabile dal punto di vista della fiducia in se stessi. In primo luogo, il ladro viola l'ingiunzione di fare affidamento sui suoi propri sforzi nel perseguire i suoi fini. In secondo luogo, l'uomo che ha fiducia in se stesso sarà scoraggiato se egli deve dedicare tutte le sue energie a proteggere i frutti del suo lavoro. La *ratio* del contratto deriva da quella della proprietà. Il diritto crea una proprietà nelle aspettative. Chi le viola destituisce la promessa in un senso non meno reale di come fa il ladro.

Al di là di questi istituti giuridici fondamentali il programma individualista è molto meno chiaro. Per di più, esso ha subito grandi mutamenti anche entro la storia ormai bicentennaria dell'individualismo quale elemento organizzativo del discorso pubblico americano. Il paragrafo seguente presenta una sinossi di questi mutamenti storici che dovrebbe dare sia a questo concetto sia a quello di altruismo maggiore concretezza.

Proprio come v'è una moltitudine di implicazioni che i giuristi di differenti periodi hanno tratto dall'individualismo, così vi sono molte idee più astratte che sono ragioni possibili per adottarlo come un atteggiamento e una guida nel formulare regole giuridiche. Ciò significa che l'idea della « legittimità »

⁷⁵ Sul problema delle soluzioni convenzionali cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, pp. 3-43. Cfr. anche Kennedy, *Legal Formality*, cit., pp. 361-362.

⁷⁶ T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford, 1957, pp. 109-113.

⁷⁷ J. Lock, *op. cit.*, § 13 e §§ 123-126.

del perseguimento del proprio interesse entro una struttura di diritti è ambigua, tanto che pensatori diversi le hanno dato differenti contenuti.

La spiegazione più semplice della legittimità dell'interesse personale è che esso è un bene morale in sé. Quando il diritto rifiuta di interferire col suo perseguimento, esso lo fa perché lo approva, mentre disapprova i tentativi di altruismo della gente. Poiché questo approccio sembra contraddire crassamente i precetti fondamentali dell'etica giudaico-cristiana, anche nella sua forma più secolarizzata, non sorprende che sia più comune trovare dei pensatori sociali che giustificano l'individualismo in modi più tortuosi, anche se talvolta meno convincenti.

Il primo di questi modi è il concetto di mano invisibile, che trasforma l'egoismo apparente in pubblico vantaggio. In questa concezione il problema morale presentato dalla mancata interferenza del diritto con le insipide istanze dell'individualismo è più apparente che reale. Se ci occupiamo del fine ultimo della cittadinanza, allora gli individualisti la stanno perseguendo e la realizzeranno, anche quando sono più convinti di occuparsi solo di se stessi.

Una giustificazione più comune dell'individualismo nel diritto potrebbe essere definita come l'idea dei « denti serrati », consistente nel rifiuto di consultare le idee degli altri sulla base dell'opinione che ciò sarebbe un male, un male non redento da nessun effetto buono che potrebbe aversi a lungo termine. Ma per lo *stato* tentare di sopprimere questo male condurrebbe a un male maggiore. Appena lo *stato* tenta di legiferare su un'etica più esigente di quella dell'individualismo, esso inciampa in due problemi insuperabili: la relativa incapacità del sistema giuridico di alterare la natura umana e la tendenza dei funzionari pubblici ad imporre scelte tiranniche dietro una cortina fumogena di moralità. L'immoralità del diritto è pertanto il prezzo necessario da pagare per evitare le immoralità maggiori che risulterebbero dal cercare di rendere il diritto morale.

Una terza idea è che vi è una distinzione possibile da fare tra « diritto » (legge) e « bene » (morale). Poiché il criterio di legittimità dell'intervento statale è radicalmente diverso da quello del giudizio morale, si può favorire un sistema giuridico individualista rimanendo contrari al comportamento che un tale

sistema consente o anche incoraggia. Questa concezione è spesso associata con la pretesa che gli individui hanno diritti inalienabili, il cui contenuto può essere derivato da concetti fondamentali come la libertà o la personalità umana. L'individuo può innalzarli a sua difesa quando lo stato pretende il potere di farlo agire nell'interesse degli altri ⁷⁸.

b) *Il contenuto dell'ideale dell'altruismo.* La retorica dell'individualismo domina così completamente il discorso giuridico attuale che è difficile persino identificare una controetica. Non di meno, io penso che vi è una nozione coerente, pervasiva, in competizione costante con l'individualismo e che chiamerò altruismo. L'essenza dell'altruismo è l'idea che *non* si deve indulgere in una netta predilezione per il proprio interesse su quello degli altri. L'altruismo ci comanda di fare sacrifici, di essere partecipi e misericordiosi. Esso ha le sue radici nella cultura, nella religione, nell'etica e nell'arte, radici che sono così profonde quanto quelle dell'individualismo. (Ama il prossimo tuo come te stesso).

Le più semplici delle pratiche che rappresentano l'altruismo sono la partecipazione e il sacrificio. Partecipare è un concetto statico, che suggerisce una distribuzione esistente di beni alla quale coloro che partecipano danno una sistemazione nuova. Significa abbandonare a un altro guadagni o ricchezza che uno ha prodotto o che sono arrivati grazie alla buona fortuna. L'altruismo è motivato da un senso del dovere o da un senso che la soddisfazione dell'altro è una ricompensa almeno comparabile alla soddisfazione che si potrebbe derivare dal consumare noi stessi la cosa. Essere partecipi può anche implicare partecipazione alle perdite di un altro: una decisione spontanea di spostare su se stessi una parte della cattiva fortuna, meritata o fortuita, che è capitata a qualche altro. Il sacrificio è la nozione dinamica consistente nel fare un'azione che cambierà un corso in sviluppo di eventi, con qualche sacrificio personale, per minimizzare la perdita di un altro o massimizzare il suo guadagno ⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, pp. 149-182.

⁷⁹ Sull'altruismo c'è un'ampia letteratura, buona parte della quale relativa al problema se il concetto può avere un significato. Se io mi sacrifico o partecipo, si può dire che ho agito altruisticamente, dato che presumibilmente ho preferito il sacrificio o la partecipazione a delle scelte alternative? Non sarebbe me-

Il concetto polarmente opposto della partecipazione e del sacrificio è lo scambio (una cruciale nozione individualista). La differenza è che la partecipazione e il sacrificio implicano una vulnerabilità alla non-reciprocità. Inoltre, questa vulnerabilità è sottoposta a un senso della solidarietà: con la speranza di una restituzione, ma con una disponibilità ad accettare la possibilità che non ve ne sarà alcuna. Lo scambio, al contrario, è un trasferimento di risorse in cui sono definiti degli equivalenti, e la struttura della situazione, giuridica o sociale, è progettata al fine di rendere improbabile che una delle parti deluderà l'altra. Se c'è qualche possibilità di delusione, allora di questa si fa esperienza come di un rischio che si deve correre, un costo che è inevitabile se si deve ottenere ciò che si vuole dall'altro. La differenza è di grado ed è facile immaginare degli ordinamenti che sono talmente misti, o così ambigui, da sfidare in un modo o nell'altro la caratterizzazione che ne ho dato⁸⁰.

L'individualismo sta al puro egoismo come l'altruismo sta alla santità. Pertanto l'altruista non è disponibile a portare la sua premessa della solidarietà all'estremo di rendere tutti responsabili del benessere di tutti gli altri. L'altruista crede nella necessità e desiderabilità di una sfera di autonomia o libertà o *privacy* entro la quale si è liberi di ignorare sia gli impegni degli altri sia le conseguenze dei propri atti per il loro benessere.

glio parlare di « interiorizzare la funzione di utilità di un'altra persona »? Per i miei scopi, non fa differenza come si risponde a queste domande. Nei casi che discuto non c'è problema nel distinguere il comportamento interessato a se stesso da quello altruistico nel mondo ruvido suggerito nel testo. Sul problema più « ampio » cfr. T. Nagel, *The Possibility of Altruism*, 1970. Per un esempio di un programma di riforme giuridiche tipicamente altruistico ma decisamente non socialista, cfr. Pound, *The New Feudalism*, in *Commercial L. J.*, vol. 35, 1930, p. 397. Per esempi più tipici di pensiero altruista sulla vita economica e sociale, cfr., per esempio, A. Gorz, *Strategy for Labor: A Radical Proposal* (trad. ingl. di Nicolaus - Ortiz), 1964; Hamilton, *Competition*, *Encyclopedia Soc. Sci.*, 1931, vol. 4, 1931, p. 141; H. George, *Progress and Poverty*, 1879. Cfr. anche M. Richter, *The Politics of Conscience. T. H. Green and His Age*, 1964, pp. 267-291. Sull'elemento conservatore nell'altruismo dell'Ottocento, cfr. Dicey, *op. cit.*, pp. 220-240; J. Ruskin, *Unto This Last: Four Essays on the First Principles of Political Economy*, 1862. Sugli aspetti conservatori della riforma moderna, cfr. G. Kolko, *The Triumph of Conservatism*, 1963; J. Weinstein, *The Corporate Ideal in the Liberal State: 1900-1918*, 1968; E. Hawley, *The New Deal and The Problem of Monopoly*, 1966.

⁸⁰ Cfr. le discussioni in I. Macneil, *op. cit.*, pp. 68-79; Macneil, *The Many Futures of Contract*, in *S. Cal. L. Rev.*, vol. 47, 1974, pp. 691, 797-800.

Proprio come l'individualista deve trovare una giustificazione per quelle minime restrizioni all'interesse privato che lo distinguono dall'egoista puro, così l'altruista deve giustificare il fatto di arrestarsi bruscamente dinanzi alla santità. La nozione fondamentale è che i doveri altruistici sono il prodotto della interazione di tre aspetti principali di una situazione. In primo luogo, c'è il grado del coinvolgimento comunitario, o della solidarietà, o della intimità, che si sono sviluppati tra le parti. In secondo luogo, c'è la questione della colpa morale o della virtù morale nella condotta di *A* e *B* che dà luogo al dovere. In terzo luogo, c'è l'intensità della privazione che può essere avvertita, o il beneficio che può essere assicurato, in relazione all'ampiezza del sacrificio richiesto dall'altruismo. Così noi possiamo definire un continuum. Ad un estremo, c'è il dovere di fare un piccolo sforzo per salvare un buon amico da un terribile disastro di cui non ha colpa. All'altro estremo, vi sono stranieri lontani che soffrono di piccoli danni prodotti dalla loro follia e che possono essere rimediati solo con grandi spese.

A prima vista, l'utilità del concetto di altruismo nel descrivere il sistema giuridico è altamente problematica. Un'idea molto comune sia nel mondo dei profani sia entro la professione legale è che il diritto è inequivocabilmente il campo dell'individualismo e che ciò è vero nel modo più chiaro per quanto riguarda il diritto privato della proprietà, degli illeciti civili e dei contratti. La giustizia legale privata si suppone consistere nel rispetto dei diritti, mai nella realizzazione del dovere altruistico. Lo stato agisce attraverso il diritto privato solo per proteggere i diritti soggettivi, non per imporre la morale.

Naturalmente, vi sono istituti, come l'imposta progressiva sul reddito, che sembrano avere una base indubbiamente altruistica. Ma sono casi eccezionali. Essi sono adattamenti successivi ad una struttura giuridica preesistente che ha la sua propria, logica, individualistica coerenza. Ugualmente, la previdenza sociale o il salario minimo o le leggi contro la sofisticazione alimentare sono spesso considerati come progettati a costringere la gente con la forza ad avere il dovuto rispetto per l'interesse degli altri. Molti profani vedono la quota dei datori di lavoro nel pagamento della previdenza sociale come progettata a redistribuire il reddito dai padroni ai lavoratori.

Ma tutto ciò si verifica su uno sfondo di regole di diritto privato il cui contenuto altruistico è invisibile, se mai esiste.

Non di meno, è abbastanza facile adattare istituti giuridici fondamentali nello stampo altruista. Le regole contro la violenza, per esempio, hanno l'effetto di cambiare la bilancia di potere che esisterebbe nello stato di natura nella bilancia di potere della società civile. I forti, che si suppone dominerebbero tutti se non vi fosse uno stato, vengono privati dei loro vantaggi e forzati a rispettare i « diritti » dei deboli. Se l'altruismo è la partecipazione o il sacrificio dei vantaggi che uno potrebbe aver conservato per se stesso, allora lo stato costringe i forti a comportarsi altruisticamente. Inoltre, la tesi che la proibizione del furto è basata sull'etica della fiducia in se stessi è quanto mai debole. Il ladro è un modello di fiducia in se stesso e il proprietario che resta vittima di un furto non ha agito efficacemente in difesa di se stesso. Per l'altruista la questione non è che il ladro è uno scansafatiche, ma che si preoccupa esclusivamente del proprio interesse. Il diritto, come ci si suole esprimere, « gli dà una coscienza ».

Le regole della *tort law* possono anch'esse essere considerate come regole che impongono qualche grado di altruismo. La compensazione dei danni significa che gli interessi della parte offesa devono essere presi in conto da colui che ha commesso l'illecito. Nel decidere che fare, egli non è più libero di consultare solo i suoi guadagni e le sue perdite, poiché questi non sono più i soli guadagni e le sole perdite per i quali è legalmente responsabile. Ugualmente nel contratto, quando io voglio violarlo perché ho trovato un affare migliore con un nuovo partner, il diritto fa sì che io incorpori nel mio calcolo le perdite che causerò al promissario. Se la mia violazione è senza colpa perché del tutto involontaria, posso essere scusato per errore o impossibilità.

Vi sono due obiezioni intuitivamente attraenti a questo modo di considerare l'ordinamento giuridico. La prima è che « diritti » e « giustizia » sono spiegazioni molto più plausibili delle regole dell'altruismo. Ma come vedremo, almeno in questo secolo, gli individualisti hanno passato dei tempi duri nel dimostrare che i « diritti » non sono altro che razionalizzazioni *post factum* delle regole reali. I giuristi contemporanei tendono a concordare sul fatto che noi decidiamo la questione se io ho un diritto

alla esecuzione di un contratto esaminando le regole, piuttosto che decidendo quali regole avere, definendo per prima cosa il « diritto » e poi « proteggendolo ». La distinzione tra la giustizia e la morale si è rivelata non meno problematica⁸¹.

La seconda obiezione è che le regole sono talmente inferiori al compito di imporre i risultati richiesti dal nostro senso morale che deve esservi qualche altro modo di spiegarle. Se la soluzione non sono i « diritti » in astratto, allora forse è « la funzione sociale di mantenimento di un'economia di mercato ». O forse le regole semplicemente portano a compimento gli obiettivi dei gruppi dominanti politici o economici della società⁸².

Ognuna di queste proposizioni ha una buona dose di verità, ma nessuna è un'obiezione valida dal punto di vista che sto proponendo. In primo luogo, è importante distinguere l'uso

⁸¹ Cfr. Cohen, *The Ethical Basis of Legal Criticism*, in *Yale L. J.*, vol. 41, 1931, p. 201. Cfr. anche E. Durkheim, *op. cit.*, pp. 121-122: « Si distingue di solito accuratamente la giustizia dalla carità, cioè il semplice rispetto dei diritti altrui da ogni atto che oltrepassa questa virtù puramente negativa. Si vedono in questi due tipi di pratiche quasi due strati indipendenti della morale: la giustizia basterebbe da sola a formarne i fondamenti essenziali, e la carità ne sarebbe il coronamento. La distinzione è così radicale che, secondo i partigiani di una certa morale, soltanto la giustizia sarebbe necessaria al buon funzionamento della vita sociale; il disinteresse non sarebbe altro che una virtù privata alla quale il privato cittadino fa bene a tendere, ma della quale la società può benissimo fare a meno. Molti la vedono intervenire nella vita pubblica non senza provare una certa inquietudine. Possiamo constatare, grazie a ciò che è stato detto nelle pagine precedenti, quanto poco tale concezione sia in accordo con i fatti. In realtà gli uomini, per poter riconoscere e garantire reciprocamente certi diritti, devono in primo luogo amarsi, tenere per un qualsiasi motivo gli uni agli altri e alla società della quale fanno parte. La giustizia è piena di carità o, per riprendere la nostra espressione, la solidarietà negativa non è che l'emanazione di una solidarietà positiva; è la ripercussione nel campo dei diritti reali di sentimenti sociali che provengono da un'altra fonte. Essa non ha quindi nulla di specifico, ma è l'accompagnamento necessario di ogni specie di solidarietà. La incontriamo per forza dovunque gli uomini vivono una vita comune, prescindendo dal fatto che essa risulti dalla divisione del lavoro sociale o dall'attrazione del simile per il simile ».

⁸² Il maestro dell'approccio della funzione sociale è Max Weber. Per un'introduzione, cfr. Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, in *Wis. L. Rev.*, 1972, p. 720; A. Gouldner, *The Coming Crisis of Western Sociology*, 1970, pp. 341-370. Un esempio della tipica combinazione moderna delle idee di funzione sociale e interesse di classe è L. Friedman, *A History of American Law*, 1973, pp. 14-15. Cfr. in generale Gordon, *Introduction: J. Williard Hurst and the Common Law Tradition in American Historiography*, in *Law & Soc. Rev.*, vol. 10, 1975, p. 9. La critica data nel testo che segue questa nota è simile a quella di E. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, 1975, pp. 258-269.

del concetto di altruismo come direzione in un continuum altruismo-individualismo dal suo uso come standard assoluto per giudicare una situazione. Nel modo in cui sto usando il termine, noi possiamo dire che anche un regime giuridico molto minimo, un regime che permette risultati estremamente contrari al nostro senso morale, imporrebbe doveri più altruistici di un regime ancora più vicino allo stato di natura. In questo senso quasi tautologico, di fatto *tutte* le regole del nostro proprio regime giuridico impongono doveri altruistici, perché esse fanno sì che noi mostriamo una maggiore considerazione per gli interessi degli altri di quanta ne avremmo se non vi fossero leggi. Solo le regole che *proibiscono* il sacrificio e la partecipazione sono realmente anti-altruistiche, e di queste ve ne sono pochissime.

In secondo luogo, descrivere un dato regime giuridico come più altruistico di un altro non dovrebbe dir nulla sui motivi di quelli che impongono il regime. Ogni cambiamento nelle regole giuridiche produce un modello di cambiamenti a beneficio di differenti parti coinvolte. È spesso una buona inferenza che quelli che sembravano probabilmente guadagnare avevano la possibilità di influire su questi cambiamenti. Può essere non di meno utile descrivere il cambiamento come un cambiamento che accresce o diminuisce il grado di dovere altruistico legalmente imposto.

In terzo luogo, la « funzione sociale di mantenimento di un'economia di mercato » o gli interessi dei gruppi dominanti sono, come strumenti, semplicemente troppo rozzi per spiegare il contenuto dettagliato, per esempio della *law of contracts*. La grande maggioranza di questioni che hanno dato luogo a forti conflitti nell'ambito della *contract law* sono o irrilevanti per queste considerazioni più generali o di significato totalmente problematico. Prendete la questione dei doveri di « buona fede » di un compratore in un contratto di vendita a somministrazioni ripartite, quando si verifica un improvviso aumento dei prezzi. Il compratore può essere in grado di mandare in bancarotta il venditore e fare un grosso profitto aumentando fortemente i suoi fabbisogni, supponendo che l'articolo in questione rappresenta molto del suo costo di manifattura, o che egli può rivenderlo senza usarlo affatto.

I compratori e i venditori in queste situazioni non sembrano

allinearsi nei termini di nessuna categoria familiare di potere politico o economico, e gli effetti sul « mercato » di una o l'altra decisione sono altamente problematici. E, tuttavia, c'è certo qualcosa di importante in palio. Le soluzioni possibili spaziano da un dovere minimo del compratore di non « speculare » contro gli interessi del venditore a un dovere di buona fede di assorbire qualche perdita al fine di evitare una perdita maggiore al partner contrattuale⁸³. La nozione di altruismo cattura il dilemma della corte assai meglio che la lotta di classe o le necessità di un'economia di mercato⁸⁴. Nel diritto privato, di problemi di questo genere ce ne sono centinaia.

Infine, è un fatto familiare che per circa un secolo v'è stato un movimento di « riforma » del diritto privato. Esso cominciò con la imposizione della *strict liability* legale alle ferrovie per danni ai greggi e ai raccolti, ed è durato fino alla ridefinizione attuale della *property law* nell'interesse dell'ambiente. Nelle battaglie e schermaglie della riforma, attraverso un enorme varietà di questioni particolari, i conservatori hanno solitamente sostenuto la tesi secondo cui i liberali sono, consapevolmente o inconsapevolmente, pronti a distruggere il sistema di mercato, mentre i liberali rispondono affermando che il programma conservatore è un mantello degli interessi della grande industria.

Tuttavia, è perfettamente chiaro che tutti i cambiamenti degli ultimi cento anni non hanno « distrutto il mercato », né lo distruggerebbero altri mutamenti per quanto ampi negli ambiti del diritto civile e penale. È ugualmente chiaro che le regole ottocentesche che i liberali hanno attaccato formano un complesso sistema intellettuale la cui vitalità, anche nell'ultimo quarto del ventesimo secolo, è il prodotto sia del suo potere ideologico sia del diretto dominio materiale di particolari interessi economici o politici. Se i concetti di individualismo e altruismo si rivelano utili, è perché essi contengono qualcosa di questa lotta tra contraddittorie visioni utopiche. È questa dimensione che le idee di dominio di classe e di funzione sociale non possono facilmente afferrare. Gli approcci dovrebbero pertanto essere complementari, più che confliggenti.

⁸³ Cfr. i casi raccolti in Kessler - Gilmore, *op. cit.*, pp. 337-362.

⁸⁴ Weber stesso era costretto a riconoscere questa difficoltà nel « caso dell'Inghilterra ».

L'ultima obiezione che prenderò in considerazione è quella secondo cui caratterizzare istituti giuridici fondamentali come la responsabilità o il contratto in termini di altruismo è sbagliato perché non ha senso parlare di costringere qualcuno a comportarsi altruisticamente. È vero, la nozione richiede l'*esperienza* della solidarietà e l'accettazione volontaria di una conseguenza negativa. Essa implica pertanto obblighi che trascendono quelli imposti dall'ordinamento giuridico. È precisamente il rifiuto di prendere tutto il vantaggio cui si è legalmente, ma non moralmente, autorizzati, che è di regola addotto come un esempio di altruismo. Ne deriva che quando il diritto « fa rispettare » una tale condotta esso non può fare di più che far comportare la gente « come se » essi avessero realmente avuto esperienza di motivazioni altruistiche. Tuttavia, nulla potrebbe essere più chiaro del fatto che ciò, in molte circostanze, è esattamente quel che vogliamo il diritto faccia. Un'idea di giustizia è l'organizzazione della società in modo che i risultati dell'interazione siano equivalenti a quelli che si verificherebbero se ognuno si comportasse altruisticamente. Nel resto della discussione assumerò questa tesi come data⁸⁵.

c) *Problemi metodologici.* Molti sono i problemi connessi all'uso di concetti come individualismo e altruismo. Entrambe le posizioni sono state assemblate a partire da diversi scritti giuridici, morali, economici e politici, ed io non posso dare nessuna descrizione plausibile del principio di selezione impiegato. Ne consegue la impossibilità di « provare » o « confutare » la validità delle due costruzioni. Individualismo e altruismo non sono né asserti empirici falsificabili su una determinata massa di dati, né modelli logicamente puri totalmente astratti dalla realtà.

Non di meno, spero che il lettore trovi che i pezzi combaciano in due insiemi intuitivamente familiari, facilmente riconoscibili. Non essendo un nominalista sistematico, credo che vi è realmente un modo altruista e uno individualista di argomentazione. Di più, credo che i modi retorici rispondano a problemi reali del mondo reale. Sono concetti opposti, come romanticismo *vs.* classicismo, gotico *vs.* rinascimento, pensiero duro *vs.* pensiero tenero, cultura della vergogna *vs.* cultura

⁸⁵ Cfr. Unger, *op. cit.*, pp. 214-216.

della colpa o *Gemeinschaft vs. Gesellschaft*. Come per il romanticismo, noi possiamo credere nell'utilità della nozione di altruismo senza essere in grado di dimostrare sperimentalmente la sua esistenza, o dimostrare l'inevitabilità della associazione degli elementi che la compongono.

Difficoltà metodologiche di questo tipo colorano tutta l'analisi che segue. Bisogna tener sempre presente che le tesi individualiste sono tratte dalle stesse fonti fondamentali da cui attingono le tesi altruiste. Lo stesso giudice può, in una singola opinione, fornire esempi di ciascun modo. Nel tempo, un singolo giudice può fornire affermazioni complete di entrambe le posizioni. In altre parole, una persona può usare gli argomenti che compongono l'insieme individualista senza essere un « carattere individualista ». Quando io parlo di « giudici altruisti » o di « legislatori altruisti », intendo solo i proponenti di particolari argomenti che ricadono in un insieme o nell'altro. Non ho alcuna intenzione di caratterizzare questi proponenti come *personalità*.

Quando analizziamo un'azione, e specialmente un'opinione giudiziale, solo raramente è possibile fare un'inferenza diretta dalla retorica impiegata ai motivi o ideali reali che animano il giudice. Ed è anche più difficile caratterizzare risultati di quanto lo sia caratterizzare personalità o opinioni. Sarà quasi sempre possibile sostenere che, se guardiamo duro nei suoi effetti reali su aspetti significativi del mondo reale, una decisione particolare seguirà sia valori altruisti sia valori individualisti, o nessuno dei due. Eviterò pertanto di parlare di « risultati altruisti » quanto più possibile.

Dato che l'individualismo e l'altruismo sono insiemi di argomenti stereotipati pro e contro, è difficile vedere come uno di essi possa mai essere « responsabile » di una decisione. Primo, ogni argomento è applicato, in forma quasi identica, a centinaia o migliaia di situazioni di fatto. Quando la scarpa calza bene, ovviamente, non è perché è stata progettata per chi la calza. Secondo, per ogni argomento a favore c'è il suo gemello contrario. Come il famoso insieme di « canoni legali » contraddittori di Llewellyn, le posizioni opposte sembrano cancellarsi reciprocamente⁸⁶. Tuttavia, in qualche modo, nella

⁸⁶ Cfr. K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, 1960, pp. 521-535.

pratica le cose non stanno *sempre* così. Anche se ogni argomento ha un accento assolutista, imperialista, noi siamo in grado di distinguere particolari situazioni di fatto in cui un lato è molto più plausibile dell'altro. La difficoltà, il mistero, è che non vi sono metaprincipi disponibili per spiegare proprio quel che riguarda queste particolari situazioni e che le fa mature per la risoluzione. E vi sono molti, molti casi in cui la fiducia nell'intuizione si rivela mal posta.

Questi sono problemi di una specie familiare in alcuni altri campi⁸⁷. I giuristi, di solito, non li trattano perché essi sono soliti credere che le loro capacità analitiche possano produrre spiegazioni di regole giuridiche e decisioni più convincenti di qualunque altra che impieghi concetti del genere, vaghi e « pieni di valore ». Il ragionamento giuridico tipico pretende almeno che è possibile ottenere da qualche premessa su cui c'è consenso generale o che sia imposta positivamente (quale può essere l'importanza di proteggere un « interesse sociale ») un risultato particolare, desiderabile attraverso una combinazione di logica e « reperimento di fatti » (o, più probabilmente, di « assunzione di fatti »).

Tuttavia, la maggior parte degli studiosi contemporanei del pensiero giuridico sembrano concordare sul fatto che un'interpretazione della giurisdizione limitata alle tre dimensioni delle premesse autoritative, dei fatti e dell'analisi, è incompleta⁸⁸. Un modo di esprimere questo fatto è quello di dire che la « politica » gioca una parte notevole, anche se generalmente non riconosciuta, nel processo decisionale. Il problema è di trovare un modo per descrivere questa parte. La mia speranza è che le categorie formali e sostanziali che descrivo possano aiutare nel rendere il contributo della « politica » intelligibile. Benché individualismo e altruismo non possano essere ridotti né ai fatti né alla logica, benché non possano essere usati con

⁸⁷ Cfr. R. Unger, *op. cit.*, pp. 12-16, 106-119; A. Gouldner, *op. cit.*, pp. 20-60. Per un primo tentativo ottocentesco di affrontare il problema, cfr. Coleridge, *Essay on the Principles of Method*, I. *The Friend* (ed. Rooke), 1969, pp. 448-524.

⁸⁸ Per un'utile sintesi cfr. Christie, *Objectivity in Law*, in *Yale L. J.*, 78, 1969, p. 1311, 1312-26. La formula più recente del problema e che più colpisce è Deutsch, *Neutrality, Legitimacy and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*, in *Stan. L. Rev.*, vol. 20, 1968, p. 169. Cfr. anche Gordon, *op. cit.*

nessun grado di coerenza per caratterizzare personalità o opinioni o i risultati di procedimenti legali, essi possono non di meno essere utili in questa impresa.

Lo scopo ultimo è di far cadere l'impressione che il ragionamento giuridico sia autonomo dal discorso morale, economico e politico in generale. Non che in questo vi sia qualcosa di nuovo. In verità, è stata questa la premessa che per diverse generazioni ha mosso molti studiosi di diritto e secondo cui è impossibile costruire una logica autonoma delle regole giuridiche. Ciò che di nuovo contiene questo saggio è il tentativo di segnalare un ordine ai dibattiti sulla « politica » coi quali restiamo dopo aver abbandonato la pretesa della neutralità.

Parte seconda

1. Le tre fasi del conflitto tra individualismo e altruismo

Il pensiero settecentesco di *Common Law* sembra non essere stato afflitto da un senso di conflitto tra due ideali giuridici. Il diritto positivo faceva tutt'uno con la legge morale di Dio così come veniva intesa grazie alla ragione e alla rivelazione. In Blackstone, per esempio, non vi è alcuna traccia di conflitti ricorrenti né sulla natura della morale giuridica né su quale delle due strategie universali complessive il legislatore avrebbe fatto meglio a perseguire¹. Il senso di un conflitto tra sistemi di pensiero emerse solo all'inizio del diciannovesimo secolo. Esso ha attraversato tre fasi sovrapposte, che corrispondono all'incirca ai periodi 1800-1870, 1850-1940 e dal 1900 ad oggi².

¹ Vedi W. Blackstone, *Commentaries*, 1, *38-36. Un giudice inglese, nel 1828, poteva scrivere: « È stato sostenuto che il diritto non impone tutti i comportamenti richiesti dall'umanità o dalla religione; in realtà, non vi è nessun atto vietato dalla religione cristiana che il diritto non raggiungerà: se fosse altrimenti, la religione cristiana non sarebbe, come è sempre stata ritenuta essere, parte del diritto d'Inghilterra ». *Bird vs. Holbrook*, 29 Rev. R., pp. 657, 667 (Ct. Com. Pleas, 1828).

² La discussione in questa sezione è una versione compressa di un lavoro più vasto, provvisoriamente intitolato *The Rise and Fall of Classical Legal Thought: 1850-1940*. Copie dei capitoli terminati sono disponibili presso gli uffici della *Harvard Law Review*.

a) Il periodo precedente alla guerra civile (1800-1870): *morale contro politica*. L'individualismo, all'inizio, non fu un'etica in conflitto con l'etica dell'altruismo, ma un insieme di argomenti pragmatici che si avvertiva essere in conflitto con l'etica in generale. I giudici e i commentatori del periodo precedente alla guerra civile si riferivano a questi argomenti pragmatici con il nome generico di « politica » e la contrapponevano alla « morale ». Un fatto cruciale, per quanto concerne l'ordinamento giuridico, fu che esso smise di far rispettare pienamente la morale. Counsel, in un caso del 1817 dinanzi alla Corte suprema, difese l'occultamento, da parte del suo cliente, di un'informazione cruciale per il compratore come segue³.

« Anche ammettendo che la sua condotta sia stata illecita, *in foro conscientiae*, è ciò una prova del fatto che le cose stessero così nel foro civile? Le leggi umane sono imperfette, da questo punto di vista, e la sfera della morale travalica i limiti della giurisdizione civile. La massima del *caveat emptor* non avrebbe mai potuto scivolare nel diritto, se la provincia dell'etica e quella del diritto avessero avuto lo stesso ambito ».

La spiegazione della distinzione tra leggi di obbligazione perfetta e leggi di obbligazione imperfetta consisteva nel fatto che imporre standard elevati di condotta in *contract* e *tort*, e poi emanare sentenze di risarcimento per aver violato questi standard, avrebbe scoraggiato lo sviluppo economico⁴. Questa è una tipica posizione individualista. La « morale » che contrastò questo programma di limitata responsabilità fu la prima versione sistemata di altruismo di *Common Law*. L'idea era che lo scopo del diritto e la fonte della sua legittimità risiedevano nel fatto che esso costringeva la gente a comportarsi gli uni verso gli altri in maniera sostanzialmente equa. La contrazione della responsabilità consisteva nel permettere o nell'incoraggiare la gente a non tenere in considerazione l'impatto delle loro azioni su coloro che li circondavano; essa era pertanto ingiustificabile.

La concezione pre-bellica del conflitto è espressa, in modo forse perfetto, da Parsons (1855) nella sua discussione della *law of fraud*. Egli distingueva tra « quella specie e misura di destrezza ed astuzia che il diritto ritiene impossibile o inop-

³ *Laidlaw vs. Oregon*, 15 U.S. (2 Wheat.), pp. 178, 193 (1817).

⁴ Vedi, in generale, M. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780-1860*, Harvard University Press, 1977, cap. 3.

portuno scoprire e punire, e che pertanto non riconosce, e quella specie peggiore e quel più alto grado di destrezza ed astuzia che la legge proibisce e di cui toglie tutto il profitto a colui che l'ha praticata.

La legge della morale, che è la legge di Dio, riconosce un solo principio, cioè il dovere di fare agli altri ciò che noi vorremmo essi facessero a noi, e questo principio esclude e proibisce assolutamente ogni astuzia, se con questo termine intendiamo una qualunque astuzia praticata da chiunque per il suo esclusivo profitto. Ma questa sarebbe la perfezione; e la legge di Dio lo richiede perché essa richiede la perfezione; cioè, essa costruisce uno standard perfetto e richiede uno sforzo costante e continuo per avvicinarsi ad esso. Ma la legge umana, o la legge positiva, è la regola cui gli uomini vogliono che ciascuno obbedisca; e fa parte della sua essenza che essa debba avere una sanzione efficace, provvedendo da se stessa a che una certa pena sia irrogata dagli uomini, o a che certe conseguenze negative si verificino quale effetto diretto di una violazione di questa legge. Se pertanto la legge positiva fosse identica alla legge di Dio, o adottasse tutte le sue pretese, ne deriverebbe una di queste tre conseguenze: o la legge diventerebbe, per confessione propria e per comune opinione, impotente e morta in una sua parte; oppure la società si troverebbe continuamente impegnata a punire tutti i suoi membri; oppure, se la legge annullasse tutto ciò che ha violato i suoi principi, una grandissima parte delle transazioni umane sarebbe resa nulla. Pertanto, la legge positiva lascia una gran parte di obblighi indiscussi a motivi, sanzioni e requisiti molto diversi da quelli che dà. E nessun uomo ha nessun diritto di dire che ciò che una legge umana non proibisce egli ha un diritto a farlo; perché giusto è solo ciò che non viola nessuna legge e vi è un'altra legge oltre quella umana. Né, d'altra parte, nessuno può ragionevolmente insistere sul fatto che, qualunque cosa uno debba fare o non debba fare, questo qualcosa sia propriamente parte della legge positiva, perché questa legge necessariamente non fa tutto il grande bene che può fare e pertanto dovrebbe, se tenta di fare quello che, restando la società e la natura umana ciò che sono, essa, forse, non può realizzare »⁵.

⁵ T. Parsons, *The Law of Contracts*, 1855, *767-778.

In questa concezione dei primi dell'ottocento, la legge mirava e di solito raggiungeva la imposizione di un livello alto di dovere altruistico, ma poteva anche fare concessioni all'individualismo. Ecco alcuni esempi:

Negotiability: Era comune sostenere che era immorale forzare l'emittente di un vaglia cambiario a pagare un portatore regolare per sopravvenuta mancanza della *consideration*: la legge richiedeva all'emittente di pagare per qualcosa che egli non aveva avuto. Ma la politica di incoraggiamento delle transazioni imponeva l'interruzione delle eccezioni⁶.

Incorporation: Era una obiezione jacksoniana alla limitata responsabilità societaria che consentiva agli azionisti di sfuggire alla loro quota dei debiti societari. La legge obbligava i partners a tener fede alle loro obbligazioni morali, ma consentiva agli azionisti di comportarsi in maniera non onorevole. La risposta fu la politica a favore della messa in comune delle risorse⁷.

Consideration: La *Common Law* rifiutava di far rispettare promesse la cui realizzazione era dettata dalla più solenne obbligazione morale quando esse mancavano di *consideration*. La ragione era la politica contro la moltiplicazione di cause e la legalizzazione della vita familiare⁸.

Breaching Plaintiff's Suit for Restitution: La maggior parte delle corti rifiutava di onorare l'abuso di azione di restituzione anche quando il risultato era un inatteso, ingiusto arricchimento del convenuto. Concedere la riparazione avrebbe creato un pericoloso incentivo a un adempimento negligente⁹.

Bankruptcy: Le leggi fallimentari sanzionavano e persino incoraggiavano la condotta disonorevole di rifiutarsi di pagare i debiti. La ragione era la politica contro attori economici, che demoralizzavano il mercato, con l'eliminazione dell'incentivo dell'auto-arricchimento¹⁰.

Ancora, non c'era nessun problema su quale etica fosse primaria: noi realizzeremmo un ordine sociale secondo la legge

⁶ Vedi M. Horwitz, *op. cit.*, cap. 7, § 1.

⁷ Vedi J. Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States: 1870-1970*, 1970, pp. 31-32.

⁸ Vedi, p. es., *Mills vs. Wyman*, 20 Mass. (3 Pick), p. 207 (1825).

⁹ Cfr. *Britton vs. Turner*, 6 N.H. 481 (1834), con *Smith vs. Brady*, 17 N.Y. 173 (1858).

¹⁰ J. Kent, *Commentaries on American Law*, *391 n. (a), *394 n. (a) (1826).

di Dio se potessimo. Noi non possiamo perché l'ideale chiede troppo. Noi, pertanto, convalidiamo condotte incoerenti con l'altruismo ma compatibili con l'individualismo, sperando che, accettando in questa misura le imperfezioni della natura umana, almeno preverremo l'egoismo puro, promuovendo al tempo stesso la crescita economica.

b) *L'individualismo classico (1850-1940): il libero arbitrio.* Il moderno pensiero giuridico si preoccupa di « politiche in competizione », di « giudizi di valore » in conflitto e dell'idea di un ordinamento giuridico fornito di scopi, e in quella misura ha molto in comune con il pensiero precedente alla guerra civile. Una differenza importante è la totale scomparsa di argomenti religiosi e la scomparsa di una discussione apertamente moralistica. Più importante ai nostri scopi, la situazione moderna è stata condizionata dal trionfo, successivo alla guerra civile, di quello che chiamerò individualismo classico¹¹, che rappresentò non solo un cambiamento retorico dalla prima enfasi sull'altruismo, ma la negazione dell'idea che l'altruismo avesse a che fare con le dottrine giuridiche fondamentali.

Le ragioni di questa rivoluzione concettuale non ci interessano, qui. Basti dire che erano ragioni complesse, che implicavano il trionfo di particolari interessi economici, il desiderio di stabilire una giustificazione scientifica apolitica del potere dei giudici e degli avvocati, nonché movimenti autonomi in tutte le diverse aree del pensiero della fine del diciannovesimo secolo. Ciò che ci interessa è la struttura della posizione individualista classica, poiché questa costituisce lo sfondo della discussione moderna.

L'individualismo classico respingeva l'idea secondo cui regole particolari rappresentavano un compromesso ad hoc tra politica e morale altruista. Piuttosto, le regole rappresentavano una soluzione coerente e basata su principi sia al dilemma etico sia al dilemma pratico dell'ordine giuridico. La contrazione di responsabilità che si verificò nel corso del diciannovesimo secolo

¹¹ In genere si definisce il pensiero giuridico di questo periodo formale o formalistico. Vedi K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 38-40, 1960; G. Gilmore, *op. cit.*, Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, in *Am. J. Leg. Hist.*, vol. 19, (1975), p. 251; Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement Upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 87 (1974), pp. 513, 547.

fu quindi razionalizzata e protetta dall'accusa secondo cui essa sacrificava l'equità alla opportunità.

La posizione classica può essere ridotta a tre proposizioni relative alla definizione propria della responsabilità. Primo, la teoria fondamentale delle nostre istituzioni politiche ed economiche è che dovrebbe esistere un'area di autonomia o libertà individuale entro cui non vi è affatto responsabilità per effetti sugli altri¹². Secondo, il significato di questa teoria politica ed economica per il diritto privato è che vi sono solo due fonti legittime di responsabilità: *fault*, che significa interferenza intenzionale o negligente con la proprietà o i diritti personali di un altro, e *contract*. Come tra stranieri, non vi sono doveri di mutua assistenza; vi sono solo doveri di astensione da violenza e negligenza. Il contratto aggiunge nuovi doveri e questi sono imposti come una questione di diritto, piuttosto che di discrezione giudiziale¹³. Il contenuto del dovere contrattuale è strettamente limitato dall'intento delle parti. La terza proposizione è che i concetti di *fault* e di libera volontà di contrattare possono generare, attraverso un processo di deduzione, determinate regole giuridiche che definiscono i confini e il contenuto di doveri di *tort* e di *contract*¹⁴.

La cosa importante, per quanto riguarda la posizione classica, dal nostro punto di vista, è che essa presentava la scelta tra individualismo e altruismo come una scelta di dedizione tutto-oriente ad un sistema completo. Si poteva accettare o rifiutare la pretesa individualista secondo cui le nostre istituzioni sono basate sulla libertà, la proprietà privata e la sicurezza personale. Ma una volta che si erano sottoscritte queste idee, ne conseguiva inesorabilmente tutto un ordinamento giuridico. Respingere le applicazioni particolari era un segno o di errore o di cattiva fede, poiché esse non erano niente di più che le implicazioni logiche delle premesse astratte.

Se si credeva nei principi primi e nella possibilità di dedurre regole da essi, allora era facile credere che il regime Classico

¹² Vedi M. Fuller, 2 Chief Justice of the United States, 2 *Address in Commemoration of the Inauguration of George Washington*, Dec. 11, 1989 (G.P.O. 1890).

¹³ Vedi Ames, *Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities*, in *Yale L. J.*, vol. 18 (1909), p. 443.

¹⁴ Vedi J. Bradley, *Law, Its Nature and Office as the Bond and Basis of Civil Society*, in *Miscellaneous Writings*, 1901, pp. 226-266.

era sia moralmente sia praticamente assai superiore allo stato di natura. Le restrizioni al puro egoismo imposte da quel regime non rappresentavano una concessione all'ideale utopico dell'altruismo. Esse racchiudevano la morale individualista della fiducia in se stessi, la teoria economica individualista della libera competizione e la filosofia politica individualista dei diritti naturali, che ponevano limiti ben definiti alla richiesta che la gente trattasse gli interessi degli altri come forniti di una importanza pari ai loro interessi.

Per esempio, la *contract law* del 1825 era piena di dottrine protettive, come l'incapacità della donna sposata, dei minori, dei pazzi e dei marinai. La dottrina della *consideration* funzionava spesso per fare rispettare una morale contrattuale altruista, come facevano le dottrine sulla frode, l'errore, la violenza, l'indebita influenza e l'iniquità (*unconscionability*). La discrezionalità della giuria nello stabilire i danni forniva un ulteriore veicolo per introdurre standard comunitari di condotta leale. Per il pensiero giuridico pre-bellico, non era molto difficile spiegare tutto questo: le dottrine rappresentavano l'imposizione legale di norme apertamente morali, ma sollevavano questioni di linea politica nella misura in cui una insistenza sul controllo dei contratti poteva essere dannosa allo scopo dello sviluppo economico¹⁵.

Durante l'ultima parte del secolo, alcune di queste dottrine furono respinte ed altre si estesero alquanto. Ma *tutte* quante le dottrine furono riformulate come implicazioni dell'idea fondamentale secondo la quale le regole di diritto privato proteggono la libera volontà. La base di restrizioni alla capacità è che i minori e quelli come loro non hanno libero arbitrio; la violenza è la sopraffazione della volontà, l'influenza indebita la sua sovversione; la frode porta ad un consenso che è solo apparente; l'errore significava che le volontà delle parti si erano ingannate; la misura del risarcimento era definita dalla volontà delle parti con riguardo alla estensione della responsabilità¹⁶.

Rimesse in termini di volontà, le regole della *contract law*

¹⁵ Vedi Horwitz, *Historical Foundations of Modern Contract Law*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 87, (1974), p. 917.

¹⁶ Vedi S. Amos, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence*, London, 1872, pp. 85-92, 176-213.

rappresentavano ancora una concezione sia morale sia pratica, ma quella concezione non era più percettibilmente altruista. La nuova premessa era che le persone erano responsabili per se stesse, a meno che esse non potessero provare di non aver avuto una libertà di volere in circostanze particolari. Se non c'era una tale prova, allora esse erano costrette a guardare alle loro risorse nel realizzare quel che avevano intrapreso. Al posto di un calcolo situazionale di dovere altruistico e di un calcolo altrettanto situazionale degli effetti economici, c'era una singola premessa morale-politica-economica individualista dalla quale conseguiva tutto il resto.

Potremmo rintracciare un processo simile di sviluppo nella *law of contracts*, dei *torts* o nella *corporate law*. In ogni caso, c'era un concetto individualista centrale che rappresentava una limitazione sostanziale alla libertà totale dello stato di natura. In ogni caso, il concetto definiva un'area di autonomia, di « diritto soggettivo assoluto » e dunque forniva la base della limitazione del diritto. Poiché la base della *tort law*, per esempio, era l'imposizione della compensazione per un atto illecito, ne seguiva che non poteva esservi alcuna responsabilità civile senza colpa. Istanze esistenti, come la responsabilità stretta nel *trespass* o la *respondeat superior*, devono essere o razionalizzate in termini della teoria della volontà o respinte come anacronistiche¹⁷.

Si è soliti paragonare il pensiero della fine dell'ottocento al concettualismo, cioè alla mia terza proposizione sulla possibilità di un processo *deduttivo* di definizione dei limiti e del contenuto della responsabilità. Ciò è fuorviante nella misura in cui implica che i concetti erano semplicemente « là », come punti di partenza arbitrari per il ragionamento del giudice. Essi erano, al contrario, componenti cruciali della più ampia tesi individualista volta a legare la stessa proposizione generale secondo cui il sistema americano è basato sulla libertà con le regole e dottrine molto concrete dell'ordine giuridico. La « volontà libera » nel diritto seguiva da, anzi era semplicemente l'applicazione pratica de, la libertà della teoria politica, morale ed economica individualista¹⁸.

¹⁷ Vedi F. Pollock, *The Law of Torts*, 1887, pp. 1-15.

¹⁸ L'esempio classico è l'opinione di maggioranza in *Coppage vs. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

c) *Il pensiero giuridico moderno (dal 1900 ad oggi): il senso della contraddizione.* Nel diritto privato, il moderno pensiero giuridico comincia col rifiuto dell'individualismo Classico. La sua premessa è che la teoria Classica non ha dimostrato né che il genio delle nostre istituzioni è individualistico né che è possibile dedurre concrete regole giuridiche da concetti come la libertà, la proprietà o la sicurezza corporale. Per questa ragione, nelle discussioni moderne, morale e politica riappaiono al posto dei principi primi e della logica. Il problema è che la morale non è più inequivocabilmente altruista: vi è un conflitto di morali. Né la politica è più inequivocabilmente individualista: vi sono tesi a favore del collettivismo, della regolazione, del *welfare state*, insieme con la teoria dello sviluppo economico attraverso il *laissez-faire*. Questo conflitto di morale e di politica e di politica pervade ogni questione importante di diritto privato.

1. *La critica dell'individualismo Classico.* Non è questo il luogo per una descrizione delle strategie argomentative con le quali pensatori più o meno altruisti, che operavano in molti campi diversi¹⁹, disintegrarono la struttura individualista Classica. Mi accontenterò di alcune esposizioni un po' piatte. Primo, il moderno pensiero giuridico, e specialmente la moderna educazione giuridica, affermano che nessuna questione di sostanza può essere risolta con un mero riferimento ad uno dei concetti Classici. Ciò si applica alla libertà, alla volontà libera, alla proprietà, alla colpa, alla causa prossima, alla « materia del contratto », al titolo, alla causa dell'azione, al concorso, alla parte necessaria, al « significato letterale », alla « attività strettamente privata » e ad un grappolo di altre questioni.

Secondo, il problema, con i concetti, è che essi asseriscono la possibilità di rendere chiare e convincenti distinzioni tra situazioni di fatto lungo le linee del contrasto libero/coatto, causa prossima/causa remota, interesse privato/interesse pubblico. Nel moderno pensiero giuridico, costituisce una premessa il fatto che qualunque situazione di fatto reale conterrà elementi

¹⁹ Per delle esposizioni utili del pensiero americano durante il periodo in questione, vedi E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, 1973; White, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Twentieth Century America*, in *Va. L. Rev.*, vol. 58, 1972, p. 999.

da entrambi i lati della polarità concettuale. Il problema della classificazione è pertanto quello della collocazione della situazione su una linea di continuità. Questo non è un processo che si realizza da sé: la gente è certa di essere in forte contrasto su come classificare, secondo i loro scopi nel fare la prima distinzione, e non vi è nessuno standard « oggettivo » o « assoluto » di correttezza per risolvere questi disaccordi²⁰.

Terzo, data la indeterminatezza dei concetti, la loro intrinseca ambiguità come criteri di decisione, non è plausibile descrivere il corpo totale delle regole giuridiche come implicito in principi generali come « protezione della proprietà » o « libertà di contratto ». Poiché non è possibile muovere in modo deduttivo dai concetti alle implicazioni, noi abbiamo bisogno di qualche altro modo di dar conto del processo di creazione giudiziale di diritto. Quella spiegazione verrà trovata nelle opinioni morali, politiche ed economiche del giudice e nelle idiosincrasie della sua comprensione del carattere della situazione di fatto²¹.

Quarto, vi sono numerose questioni su cui esiste un consenso giudiziale ed anche della società, sicché l'uso che il giudice fa delle sue opinioni sulla linea da seguire non sarà controverso. Ma vi sono anche situazioni in cui vi è un grande conflitto. Il giudice è posto allora dinanzi ad un dilemma: imporre le sue idee personali può portare all'accusa secondo cui egli sta agendo « politicamente » più che « giudizialmente ». Egli può controbattere con un complicato gergo legalistico, facendo cioè appello ai concetti e pretendendo che essi hanno deciso il caso per lui. O può assumere i rischi impliciti nel riconoscere la piena portata della sua discrezionalità²².

2. *Il senso della contraddizione.* La morte del concettualismo ha portato ad una nuova fase del conflitto tra individualismo e altruismo. Per cominciare, essa li ha ridotti allo stesso livello

²⁰ Vedi Dewey, *Logical Method and Law*, in *Cornell L.Q.*, vol. 10, 1924, p. 17; Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 35, 1935, p. 809; Cohen, *On Absolutism in Legal Thought*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 84, 1936, p. 681; R. Unger, *Knowledge and Politics*, cit., pp. 29-144; A. Katz, *Vagueness and Legal Control of Children*, cit.

²¹ Vedi Cohen, *The Basis of Contract*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 46, 1933, p. 553; Cohen, *Property and Sovereignty*, in *Cornell L.Q.*, vol. 13, 1927, p. 8; Cohen, *The Ethical Basis of Legal Criticism*, in *Yale L.J.*, vol. 41, 1931, p. 201.

²² Vedi Deutsch, *op. cit.*; A. Bickel, *op. cit.*

argomentativo. Mentre ancora credeva nel sistema Classico, l'individualista non aveva alcun problema nel definire e giustificare la sua posizione su qualunque questione data. Dai concetti egli poteva derivare tutto. L'altruista, d'altro lato, non aveva alcun sistema deduttivo che spiegasse dove fermarsi per non cadere nel totale collettivismo. Era obbligato ad argomentare, in una maniera ad hoc, a partire dalla ingiustizia, immoralità o irrazionalità di particolari esiti individualisti.

Ma l'individualismo moderno non si presenta — nel dibattito con l'altruismo sulla legittimità del sistema di regole emerso alla fine del diciannovesimo secolo — come un sistema deduttivo, bensì come un polo, o tendenza, o vettore, o inclinazione. Come conseguenza, gli altruisti possono argomentare a favore della creazione di istituti giuridici come il piano regolatore, i contributi agli operai, la sicurezza sociale, la contrattazione collettiva obbligatoria, la responsabilità per i prodotti, la responsabilità civile per le automobili, senza essere vulnerabili all'accusa di sovvertire una struttura logica. Essi ammettono che questi istituti sono anti-individualisti ed anche che essi non hanno alcun principio capace di determinare logicamente dove, a meno di un totale collettivismo, essi fermerebbero l'espansione del dovere altruistico legalmente imponibile. Ma, data la morte dei concetti, gli individualisti non hanno più alcun principio che determini dove, a meno dello stato di natura, essi fermerebbero la *contrazione* del dovere altruistico. Essi sono aperti all'accusa di dissolvere la società o di manipolare le regole in favore di particolari furfanti.

Questa parità nelle posizioni argomentative è il punto di partenza del moderno dibattito su che fare con l'individualismo Classico strutturato sulle regole e creato per deduzione da principi primi. Il nuovo scetticismo distrusse la presunta legittimità del vecchio sistema, creando un vasto numero di difficili problemi giuridici, ma senza risolverne nemmeno uno. Le regole che si riferivano direttamente ai concetti discreditati erano riconosciuti come indeterminati e dovevano essere rimpiazzati o riconcepiti come standard vaghi. Regole più concrete, derivate dalle premesse astratte (il silenzio non può essere accettazione), dovevano essere giustificate nel loro proprio diritto o rigettate. I nuovi istituti, più altruistici, come il diritto del lavoro, la protezione del consumatore, l'assicurazione sociale e la regola-

zione della sicurezza sul lavoro divennero immediatamente un campo di battaglia. I loro confini e la loro struttura interna dovevano essere definiti dalle corti. Una assoluta interpretazione individualista delle leggi altruiste avrebbero potuto costringerli al punto della nullità de facto.

Nel diritto privato, questa fase moderna di conflitto si verifica su tre questioni principali, che chiamerò, alquanto arbitrariamente, comunità contro autonomia, regolazione contro agevolazione e paternalismo contro auto-determinazione²³. Ogni dibattito particolare ha una qualità di stallo che riflette l'incapacità, o dell'individualismo o dell'altruismo, a generare un nuovo insieme di principi o metaprincipi per rimpiazzare i compianti concetti defunti.

a) *Comunità contro autonomia*. Qui il problema è fino a che punto una persona dovrebbe partecipare o fare sacrifici nell'interesse di un altro in assenza di accordo o di altre manifestazioni di intenzione. A prima vista questa questione può sembrare largamente confinata ai *torts* o ai *quasi-contracts*, ma essa sorge in forma identica anche in molte altre aree. La legge deve definire i reciproci diritti di proprietari terrieri vicini attraverso la servitù prediale (*law of easement*) e i diritti dei terzi beneficiari e aventi causa (*assignees*) contro i debitori (*obligors*). Nell'ambito degli accordi consensuali essa deve decidere come disporre della moltitudine di possibili controversie non coperte o dell'ambito e della portata dei doveri dei fiduciari verso i beneficiari, compresi i doveri dei direttori e funzionari di corporazioni verso gli azionisti. C'è tutto un apparato di interpretazione, di attenuanti e di risarcimenti nella *law of contracts*. E c'è l'area di confine della responsabilità pre- o extra-contrattuale rappresentata dalla dottrina del *promissory estoppel*.

Il conflitto di comunità ed autonomia è la forma moderna del dibattito dei primi dell'ottocento sull'impatto sulla crescita economica della estensione o della contrazione dei doveri altruistici non consensuali. Le istituzioni giuridiche implicate sono quelle che io ho caratterizzato nella Sezione I come intermedie

²³ Questa idea generale, di categorizzare le dottrine giuridiche nel modo qui suggerito, deve molto a I. Macneil, *op. cit.*; Macaulay, *op. cit.*; Gardner, *An Inquiry into the Principles of the Law of Contracts*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 46, 1932, p. 1.

tra le pure forme (dove il diritto è indifferente per quanto riguarda quale tra le molte azioni le parti intraprendono) e regole aventi un effetto di deterrenza da azioni illecite. Abbiamo notato che questa categoria poteva essere considerata o come volta ad impedire l'illecito e la violazione contrattuale in quanto cattive in sé o, nella maniera più comune, come volta ad offrire una scelta tra mancanza di anti-giuridicità (*injury*) e anti-giuridicità *cum compensatione*.

L'adozione della seconda opinione rappresenta una decisione di apporre *limiti* generali alla capacità del sistema giuridico di far rispettare il dovere altruistico. Se il risarcimento è una tariffa, l'« autore dell'illecito » è autorizzato a pensare esclusivamente ai suoi interessi, finché vuole fare il pagamento che assicura i diritti dell'altra parte. Ciò può implicare due distinte violazioni del dovere altruistico.

Primo, anche la compensazione è perfetta, la parte che commette l'anti-giuridicità forza la parte lesa a prendere la compensazione, invece che una specifica attuazione o libertà dalla interferenza illecita. Secondo, la parte che commette l'illecito non ha alcuna obbligazione a condividere l'eccesso sul pagamento di compensazione che gli può derivare dall'infliggere l'illecito. Una volta che ho pagato il risarcimento atteso, tutti i profitti inattesi derivanti dalla violazione dei contratti vanno a me²⁴.

Data la decisione di considerare *contract law* e *tort law* come compensative più che punitive, l'altruista e l'individualista sono in disaccordo a tre livelli:

Portata della obbligazione: Data una particolare relazione o situazione, v'è un qualche dovere per pensare all'interesse dell'altro?

Intensità dell'obbligazione: dato l'obbligo, quanto grande è il dovere nella scala che va dalla mera astensione dalla violenza alla più alta obbligazione fiduciaria?

Portata della responsabilità per le conseguenze: data una violazione dell'obbligo, fino a che punto, giù nella catena della causalità, dovremmo estendere la responsabilità?

La posizione individualista è la restrizione delle obbligazioni di partecipazione e di sacrificio. Ciò significa opporsi all'am-

²⁴ Vedi R. Nozick, *op. cit.*, pp. 63-71; Ames, *Law and Morals*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 22, 1909, pp. 97, 106; Wellington, *op. cit.*, pp. 229-233.

piamento, alla intensificazione e alla estensione della responsabilità e opporsi alla liberalizzazione delle attenuanti una volta che l'obbligo è creato. Questa posizione è solo superficialmente paradossale. La contrazione della responsabilità iniziale lascia più vaste aree alla gente per comportarsi in una maniera interessata a se stessi. Le regole liberali delle attenuanti hanno l'effetto opposto: esse obbligano il beneficiario di un'obbligazione a partecipare alle perdite dell'obbligato quando, per qualche ragione, egli non può adempiere la sua obbligazione. La posizione altruista è l'espansione della rete di responsabilità ed anche la liberalizzazione delle attenuanti.

b) *Regolazione contro agevolazione.* Qui la questione è l'uso del potere contrattuale come determinante della distribuzione degli oggetti desiderati e della allocazione delle risorse per usi diversi. Essa sorge tutte le volte che due parti con pretese o interessi confliggenti raggiungono un accordo tramite una contrattazione e la parte più forte tenta di farlo rispettare attraverso il sistema giuridico. Il giudice deve poi decidere se la parte più forte ha spinto il suo vantaggio nei suoi propri interessi più di quanto è accettabile al sistema giuridico. Se non lo ha fatto, allora l'accordo verrà fatto rispettare; se lo ha fatto, sarà applicata una sanzione, che va dall'annullamento dell'accordo alla punizione di abuso di potere contrattuale²⁵.

Vi sono molti approcci del potere contrattuale, compresi:

Inabilitazione di classi di persone di cui si ritiene particolarmente probabile che manchino di un adeguato potere contrattuale (ragazzi, pazzi, ecc.) con l'effetto che essi possono annullare i loro contratti se lo vogliono.

Messa al bando di particolari tattiche, come l'uso di violenza fisica, *duress of goods*, minacce di infliggere dolosamente un danno, affermazioni fraudolente, « contrattazione in cattiva fede », ecc.

Controllo della struttura competitiva dei mercati, o atomizzando il potere economico concentrato o creando centri di compensazione forti abbastanza per contrattare su un piede di eguaglianza.

Controllo diretto della equità sostanziale delle contrattazioni,

²⁵ L'analisi classica è Dawson, *Economic Duress - An Essay In Perspective*, in *Mich. L. Rev.*, vol. 45, 1947, p. 253.

o fissando direttamente i prezzi o specificando la qualità, stabilendo massimi e minimi, o annunciando uno standard come la « ragionevolezza » o la « *unconscionability* ».

La posizione individualista è che i giudici non dovrebbero pensare a se stessi come regolatori dell'uso del potere economico. Questo significa concepire il sistema giuridico come un insieme limitato di limiti esistenti imposti allo stato di natura e rifiutando poi di estendere quei limiti a situazioni nuove. La posizione altruista è che i limiti esistenti rappresentano un tentativo di realizzare la giustizia distributiva che il giudice dovrebbe favorire e non impedire.

c) *Paternalismo contro autodeterminazione*. Questa questione è diversa da quella del contrasto tra regolazione e agevolazione perché sorge in situazioni non di conflitto ma di errore. Una parte di un accordo o una parte che è incorsa unilateralmente in un'obbligazione legale cerca di annullarla sulla base del fatto che essi hanno agito contro i loro « reali » interessi. Il beneficiario dell'accordo o dell'obbligo rifiuta che l'obbligato receda dal suo obbligo. Una questione di dovere altruistico sorge perché il promissario dovrebbe prendere in considerazione gli asseriti interessi « reali », sia allo stadio di contrattazione, se egli ne è consapevole, sia allo stadio della imposizione, se solo ne diventa consapevole. D'altro lato, egli può, innocentemente, avere fatto affidamento sulla definizione dell'obbligato dei suoi obiettivi, sicché egli dovrà sacrificare qualcosa del suo, se si comporta con misericordia.

Nessuna questione di potere di contrattazione è necessariamente implicata in queste situazioni. Per esempio:

Clausole di liquidazione del danno, sulle quali si sono accordate entrambe le parti, sono spesso annullate per irragionevolezza.

Condizioni espresse apparentemente non equivoche sono scusate per trasgressione o interpretate come non esistenti.

Clausole di fusione ed estinzione che estinguerebbero la responsabilità per rappresentazione fraudolenta sono occultate o reinterpretate.

Clausole di divieto di modificazione orale vengono ritenute annullate da azioni del beneficiario o sconfessate del tutto.

Modificazioni di contract remedy come rinuncia di garanzia

o responsabilità per negligenza, limitazioni di competenza territoriale, rinuncia ad eccezioni e limitazione temporali per reclami sono controllate sotto standard diversi, anche quando risultano apparentemente dalla consapevole allocazione del rischio più che da un semplice potere superiore.

Persone prive di capacità possono annullare contratti liberamente sottoscritti e sostanzialmente equi.

La dottrina della consideration a volte rende le promesse non imponibili per mancanza di uno scambio « reale », come nei casi di pagherò cambiarsi di una vedova dati in cambio di una remissione di debiti privi di valore del marito o in quello di un contratto di « stregoneria ».

Le dottrine della fraud e della unconscionability proteggono contro le « sorprese ingiuste » in situazioni in cui una parte è vittima della sua follia più che dell'esercizio di potere.

La posizione individualista è che le parti stesse sono i migliori e soli legittimi giudici dei loro interessi, soggetti a un limitato numero di eccezioni, come l'incapacità. Bisognerebbe permettere alla gente di comportarsi in maniera folle, di farsi del male, e altrimenti rifiutare di accettare l'opinione di qualunque altra persona di ciò che è meglio per loro. Altri dovrebbero rispettare questa libertà; essi dovrebbero anche essere in grado di fare affidamento su coloro che la esercitano per accettare le conseguenze delle loro sciocchezze. La risposta altruista è che le regole paternaliste non sono eccezioni, ma le rappresentanti di una sviluppata contro-politica mirata a costringere la gente a pensare agli interessi « reali » di coloro con cui hanno a che fare. Questa politica è tanto legittima quanto quella della autodeterminazione e dovrebbe essere estesa quando le circostanze lo permettono o lo richiedono.

Un modo di concepire la transizione dal pensiero giuridico Classico a quello moderno può far uso dell'immagine del centro e della periferia. L'individualismo Classico aveva a che fare con questioni come l'antagonismo tra comunità e autonomia, regolazione e agevolazione, paternalismo e auto-determinazione affermando l'esistenza di un nocciolo di libertà giuridica equiparato alla ferma aderenza alla autonomia, alla agevolazione e alla auto-determinazione. L'esistenza di contro-tendenze era riconosciuta, ma in maniera ambigua. Per la sua « stessa natura », la

libertà deve avere dei limiti; questi potevano essere derivati come implicazioni *da* quella natura; ed essi avrebbero costituito poi una periferia di eccezioni alle dottrine centrali.

Ciò che distingue la situazione moderna è il crollo del confine concettuale tra il centro e la periferia, sicché tutte le posizioni confliggenti sono almeno potenzialmente rilevanti per tutte le questioni. I concetti Classici ci orientavano ad un *ethos* o ad un altro — al centro o alla periferia — e poi permettevano una consistente argomentazione entro quel punto di vista, con pochi casi difficili che si verificavano sulla linea di confine. Ora, ciascuna delle visioni in conflitto pretende rilevanza universale, ma è dovunque incapace di creare egemonia.

2. La corrispondenza tra argomenti morali formali e sostanziali

Questa sezione e le due seguenti sviluppano il nesso tra la dimensione formale delle regole e degli standard e la dimensione sostanziale dell'individualismo e dell'altruismo. Questa sezione affronta il problema al livello del discorso morale; quelle che seguono trattano questioni economiche e politiche. Le tre sezioni hanno anche un secondo scopo, quello di risalire alla controversia più ampia tra individualismo/regole e altruismo/standard attraverso la serie di stadi che hanno portato al moderno confronto di premesse contraddittorie, che è l'argomento della sezione VIII. Abbiamo cominciato questo lavoro di storia intellettuale nell'ultima sezione, quando abbiamo spiegato il conflitto sostanziale. Le discussioni storiche nelle due sezioni successive sono inoltre tese entrambe a spiegare gli argomenti analitici che legano forma e sostanza e a fornire il retroterra della situazione attuale.

Si potrebbe tentare di legare le dimensioni formale e sostanziale al livello della realtà sociale. Ciò implicherebbe l'analisi, dai punti di vista dell'individualismo e dell'altruismo, dell'influenza reale delle decisioni di diritto privato sulla vita economica, sociale e politica. Ci si potrebbe poi chiedere come la forma in cui il giudice sceglie di porre la sua decisione contribuisca a questi effetti, avendo cura di determinare il grado *reale* di realizzabilità formale e di generalità della regola o

standard in questione²⁶. Questo metodo è disperatamente difficile, dato l'attuale stato limitato del modo di valutare o gli effetti reali di decisioni o le loro attuali proprietà formali. Le teorie sulla importanza pratica di decidere dispute di diritto privato in un modo o nell'altro abbondano, non però i modi per saggiare quelle teorie. Ciò dà alla maggior parte delle posizioni giuridiche una qualità nettamente irreal, persino fantastica, che questo saggio non farà nulla per dileguare. Piuttosto, il mio oggetto è quella stessa retorica spesso irreal e fantastica. È solo un primo passo, ma può essere un passo importante.

Vi è una forte analogia tra le argomentazioni dei giuristi quando difendono una interpretazione « stretta » di una regola e quelle che essi presentano quando chiedono a un giudice di fare una regola che è sostanzialmente individualista. Ugualmente, vi è una analogia retorica tra le argomentazioni dei giuristi per « mitigare il rigore » di un regime di regole e quelle che essi offrono a sostegno di una legislazione sostanzialmente altruista. La più semplice di queste analogie si trova al livello della posizione morale. La retorica individualista in generale enfatizza la fiducia in se stessi come una virtù cardinale. Nel dibattito sostanziale con l'altruismo, ciò significa pretendere che la gente *dovrebbe* voler accettare le conseguenze delle sue proprie azioni. Essi non dovrebbero fare affidamento sui loro concittadini o sul governo quando le cose, per loro, vanno male. Dovrebbero riconoscere che devono guardare agli sforzi che essi fanno per raggiungere i loro obiettivi. È implicito, in questa idea, che essi sono autorizzati a non comportarsi in buona fede — a rifiutare di partecipare alle loro perdite o a fare sacrifici per loro.

Nella controversia formale sulle regole e gli standard questo argomento ha un ruolo preminente nel valutare la serietà della sovra- e sottoinclusività delle regole. Tutti sono d'accordo che questa imprecisione è un inconveniente, ma il fautore delle regole sosterrà probabilmente che non dovremmo preoccuparcene più di tanto, perché quelli che soffrono non hanno altri da rimproverare se non se stessi. Regole generali formalmente realizzabili sono, per definizione, conoscibili in anticipo. Una

²⁶ La cosa più vicina a questo studio di cui disponiamo è L. Friedman, *Contract Law in America*, cit.

persona che scopre di essere anch'egli soggetto ad una sanzione intesa per qualcun altro ha pochi motivi per lamentarsi. Viceversa, una persona che trae profitto dal cattivo calcolo della vittima non è obbligata a rinunciare a quei guadagni.

Questo argomento è più forte per quanto riguarda le forme. Qui il significato della sottoinclusione è che il diritto, poiché non si sono seguite le forme prescritte, rifiuta di portare a compimento l'intenzione di una parte di creare qualche speciale insieme di relazioni giuridiche (esempio: annullamento di un testamento per mancanza di sottoscrizione). La sovrainclusione significa trattare una parte come se avesse un'intenzione (cioè entrare in un contratto) quando egli intendeva il contrario. È probabile che il difensore delle regole presenti ognuno di questi risultati avversi come, in un senso, meritato, non essendovi alcuna buona ragione per cui la vittima debba non essersi impegnata in una adeguata programmazione per evitare quel che gli è accaduto²⁷.

Lo stesso argomento si applica a regole tese a far rispettare politiche sostanziali più che a facilitare semplicemente la scelta tra alternative egualmente accettabili. Come le formalità, queste regole riguardano il comportamento intenzionale in situazioni definite in anticipo. Quando si entra in un contratto perfettamente equo con un minore, non si ha diritto di lamentarsi quando il minore lo invalida per ragioni che non hanno nulla a che fare col desiderio della legge di proteggerlo dalle sue assurdità o dai suoi eccessi.

La posizione del difensore della imposizione della regola è inequivocabilmente individualista. È il fratello, se non il gemello, dell'argomentazione generale secondo cui coloro ai quali va male nella lotta per il successo economico o di qualunque altro tipo dovrebbero sobbarcarsi la responsabilità, riconoscere che essi hanno meritato ciò che hanno avuto ed astenersi dal chiedere l'intervento statale per tirarli fuori dai guai. La differenza è che l'argomento formale è interstiziale. Esso presuppone che lo stato sia già intervenuto in qualche misura (cioè, facendo rispettare contratti piuttosto che lasciarli all'onestà degli affari e a sanzioni non giuridiche). Esso afferma che *entro* questo contesto spetta alle parti badare a se stesse. Il fatto del

²⁷ Vedi Macaulay, *op. cit.*, p. 1067.

sostanziale intervento altruistico statale non elimina ipso facto il dovere dell'individuo di prender cura di se stesso o di se stessa.

La tesi del difensore della trasformazione della regola rigida in uno standard, trasformazione intesa come un « passatempo », includerà una enumerazione di tutti i fattori particolari nella situazione che mitigano il fatto di non aver evitato la sopra- e sottoinclusione. Si farà riferimento allo scopo sostanziale della regola, al fine di mostrare la arbitrarietà del risultato. Ma il punto ultimo sarà che vi è un dovere morale da parte del beneficiario privato della sopra- e sottoinclusione a rinunciare ad un profitto che è un risultato della innocua follia dell'altra parte. Coloro che ricevono un'eredità in forza della legge, perché il testatore non ha sottoscritto il testamento, dovrebbero consegnare la proprietà a coloro che il testatore voleva la ricevessero. Una parte contraente *non dovrebbe usare* lo *statute of frauds* [legge sull'obbligo della forma scritta per alcuni contratti, *n.d.t.*] per invalidare un contratto fatto onestamente, ma diventato oneroso a causa di un crollo dei prezzi.

Questo argomento sa inequivicabilmente di altruismo come l'argomento a favore delle regole sa di individualismo. L'idea essenziale è quella della misericordia, concretizzata qui come partecipazione o sacrificio. L'etica del fare affidamento su se stessi è rifiutata in entrambe le sue branche: l'altruista non punirà l'incompetente né rispetterà il « diritto » dell'altra parte di stare attaccato ai suoi interessi. Di nuovo, la differenza tra gli argomenti sostanziali e quelli formali è l'area della loro applicazione. Può ben essere che la struttura delle regole sia inferiore alla richiesta del livello di comportamento altruistico che l'altruista preferirebbe. Ma entro quella struttura, quale che sia, vi sono ancora doveri di partecipazione e di sacrificio evocati dalla operazione stessa delle regole.

È importante notare che la richiesta altruista di misericordia sarà ugualmente forte se abbiamo a che fare con le formalità, o con regole designate ad impedire sostanzialmente un comportamento indesiderabile (crimini, contratti vessatori). La parte che cerca di sottrarsi ad un contratto in perdita per mancata osservanza di una forma tradisce un partner contrattuale, qualcuno verso il quale egli ha assunto speciali doveri. Il minore

che invalida lo stesso contratto pur non essendo folle né costretto si comporta in modo ugualmente repressibile.

3. *La corrispondenza tra argomenti economici formali e sostanziali*

La corrispondenza tra gli argomenti economici formali e quelli sostanziali è più intricata e difficile da cogliere del dibattito morale. Ho diviso la discussione in due parti: una esposizione astratta della analogia strutturale delle posizioni formali e sostanziali, e una sinossi storica di come le posizioni sono giunte al loro stato attuale.

a) *Un'affermazione astratta della analogia. 1. Opposizione tra non intervento e orientamento al risultato.* Supponete una situazione in cui la gente che è l'oggetto del processo legislativo può fare una di queste tre cose: X, Y e Z. Il legislatore vuole che essi facciano X e vuole che non facciano Y e Z. Se egli non interviene affatto, essi faranno un po' di X, un po' di Y e un po' di Z. Come individualista, il legislatore crede che sarebbe sbagliato cercare di forzare tutti a fare X tutto il tempo. Egli può considerare la libertà di fare Y come un diritto naturale, o credere che se egli vieta Z, la maggior parte delle persone si troveranno a scegliere X su Y tanto spesso quanto se vi fossero legalmente costretti. Oppure egli può ritenere che gli effetti cattivi dell'intervento statale per proibire Y supereranno i benefici.

C'è anche il problema della *forma* della ingiunzione contro Z. Possono esserci delle considerazioni tattiche che spingono nella direzione o di una regola o di uno standard. Per esempio, se chi applica la legge è molto favorevole a costringere a X, allora essi possono usare la discrezionalità inerente ad uno standard per bandire sia Z sia Y, scivolando così, surrettiziamente, nella politica sostantiva che il legislatore ha rifiutato. D'altro lato, può essere che la natura della distinzione Y-Z sfidi una precisa formulazione se non in termini di regole che condurranno alla inclusione arbitraria di una quantità molto ampia di Y nella categoria Z, sicché uno standard sembra il meccanismo formale fattibile.

Nonostante questi fattori contestuali, c'è una stretta analogia

tra la posizione individualista sostanziale e l'argomento a favore delle regole. L'individualista pretende che noi dobbiamo realizzare X attraverso una strategia che permetta Y. Il sostenitore della regola pretende che noi possiamo realizzare al meglio la proibizione di Z attraverso una regola che non solo permette un qualche Z (sottoinclusione) ma anche punisce arbitrariamente un qualche Y (soprainclusione).

Ciò che lega i due argomenti è che entrambi respingono l'orientamento al risultato nel caso particolare in favore di una strategia indiretta. Essi pretendono entrambi che il tentativo di realizzare un ordinamento totale in accordo con lo scopo del legislatore sarà controproducente. Un successo maggiore sarà raggiunto con un intervento limitato che crei una struttura che influenza il modello della attività privata senza pretendere di realizzare pienamente lo scopo sottostante. In breve, l'argomento in favore delle regole sugli standard è intrinsecamente non-interventista ed è per quella ragione intrinsecamente individualista.

La difficoltà principale nel vedere le regole come non-interventiste è che esse presuppongono l'intervento statale. In altre parole, la questione del contrasto tra regole e standard sorge solo dopo che il legislatore ha deciso contro lo stato di natura e in favore della imposizione di un qualche livello di obbligo, per quanto minimo. Il punto è che entro questa struttura, quale che possa essere, le regole sono meno orientate al risultato degli standard. Come con l'argomento morale, l'individualismo economico delle regole è interstiziale e relativo più che assoluto.

2. *La tolleranza della violazione del dovere altruistico: la sanzione del recesso unilaterale (Abandonment)*. Nell'area economica, l'analogia tra gli argomenti a favore delle regole e quelli a favore dell'individualismo sostanziale va oltre il loro comune non-interventismo. Entrambe le strategie si affidano all'effetto sanzionatorio del non-intervento per stimolare l'attività privata che porrà rimedio ai mali che lo stato si rifiuta di attaccare direttamente.

La premessa fondamentale dell'individualismo economico è che la gente creerà e condividerà tra sé più ricchezza se lo stato rifiuta o di dirigerli al lavoro o di forzarli a condividere. Data la natura umana e la limitata efficacia dell'intervento

legale, il tentativo di garantire a tutti un alto livello di benessere, indipendentemente dalla loro produttività, richiederebbe un massiccio intervento statale in ogni aspetto della attività umana, e ancora non potrebbe prevenire un salto precipitoso nel risultato. D'altro lato, un regime che dimostra convincentemente che farà morire di fame la gente (o la farà cadere a livelli molto bassi di benessere) prima di costringere gli altri ad aiutarli creerà il più potente degli incentivi alla produzione e allo scambio.

L'uso cosciente della sanzione del recesso unilaterale come incentivo alla produzione si esprime a due livelli differenti del sistema giuridico. Nel diritto privato essa significa che la gente è autorizzata a rifiutarsi di condividere la sua ricchezza superflua con coloro che ne hanno bisogno più di quanto ne abbiano bisogno loro. Le dottrine più elementari del diritto di proprietà realizzano questa idea: *trespass* e *conversion* non sono scusati dal bisogno, in mancanza di una inedia reale, e anche allora sono soggetti ad un obbligo di restituzione. Nel diritto pubblico l'individualista si oppone ai programmi di welfare finanziati dal sistema fiscale come una forma di altruismo coatto che mette in pericolo la ricchezza della società.

Il difensore delle regole come la forma propria per il diritto privato propone una strategia che è esattamente analoga a quella dell'individualismo sostanziale. La sanzione del recesso unilaterale consiste nel non adeguare l'intervento legale in modo da prendere in considerazione le particolarità del caso. L'imposizione della regola in situazioni dove è chiaramente sopra o sottoinclusiva implica il condono di una violazione del dovere altruistico da parte del beneficiario. Il motivo di questa passività dinanzi a un non raggiungimento dello scopo del legislatore è di stimolare coloro che sono soggetti alle regole ad investire nella abilità formale e a ridurre indirettamente il male tollerato nel caso particolare.

Nell'ambito delle formalità, la sanzione di nullità opera nello stesso modo della sanzione dell'inedia nel dibattito sostanziale. Si dice alle parti che, a meno che esse non usino il linguaggio proprio nell'esprimere le loro intenzioni, esse non raggiungeranno l'effetto giuridico. Il risultato sarà che una parte che pensava di avere un accordo imponente legalmente si rivela essere vulnerabile al tradimento del suo partner. La legge tollere-

rà questo tradimento, benché lo scopo di istituire un regime di promesse giustiziabili era quello di prevenirlo. Nell'area delle regole volte ad impedire la trasgressione, l'analogo della sanzione del recesso è la fiducia in una regola per allertare le vittime potenziali a loro pericolo. *Caveat emptor* e la regola della piena capacità giuridica a 21 anni si suppone riducano le trasgressioni, nonostante la loro radicale sottoinclusività, perché esse inducono la vigilanza dove uno standard favorirebbe un falso senso di sicurezza. Di nuovo, la teoria è che permettere ad A di danneggiare B può essere il modo migliore di salvare B dal danno.

Per la categoria intermedia, che consiste di direttive suppletive (interpretazione, attenuanti) e direttive che definiscono la responsabilità (colpa, inadempimento, *damages*), la decisione di usare regole invece che standard ha una giustificazione simile. Qui la sanzione è l'imposizione della responsabilità all'attore che non è moralmente biasimevole, come per esempio per una violazione di contratto che è involontaria, ma non entro la dottrina della impossibilità, o per una violazione di una regola oggettiva di responsabilità extra-contrattuale. Il risultato è un profitto per l'altra parte che egli ha un dovere altruistico di restituire. Il motivo per condonare il rifiuto di assolvere questo dovere, per imporre la regola, è di stimolare la gente a fare in anticipo calcoli accurati degli effetti delle loro attività sugli altri che la legge considera come una compensazione giustificante. La tesi del difensore delle regole è che la gente imparerà a fare scelte razionali tra l'astensione dal danno e il danno *cum* compensazione solo sotto un regime che tollera una sporadica sopra- e sottocompensazione.

La nozione di base che sta dietro questi argomenti in favore delle regole è che la capacità di manipolare le forme, la vigilanza sui propri interessi e la consapevolezza dei diritti altrui legalmente protetti sono tutti beni economici, componenti della ricchezza di una società. Le stesse considerazioni si applicano a loro come si applicano alla ricchezza in generale. Il modo migliore di stimolare la loro produzione è di sanzionare coloro che non li acquisiscono, esponendoli alla violazione del dovere altruistico da parte di coloro che sono più previdenti. Il difensore della regola può affermare che questo « offende me più di quanto non offenda te » allorché amministra la sanzione.

Ma il rifiuto di tollerare l'ingiustizia presente farebbe, alla lunga, star tutti peggio.

3. *La transazione in generale.* Vi è un terzo elemento nel parallelo astratto tra dimensioni sostanziali e dimensioni formali. L'argomento è che sia le regole sia la riduzione sostanziale del dovere altruistico incoraggerà la transazione in generale²⁸. L'affermazione classica della posizione sostanziale è quella di Holmes: « Un uomo, è vero, non ha bisogno di compiere questa o quell'azione — il termine azione implica una scelta —, ma egli deve agire in qualche modo. Inoltre, il pubblico in generale trae vantaggio dalla attività individuale. Poiché l'azione non può essere evitata e tende al bene pubblico, non vi è ovviamente nessuna politica nel buttare il rischio di ciò che è al tempo stesso desiderabile e inevitabile sull'attore.

Si può immaginare che lo stato possa trasformarsi in una compagnia di mutua assistenza contro gli incidenti e distribuire il peso delle disgrazie dei suoi cittadini tra tutti i suoi membri. Potrebbe esservi una pensione per paralitici e aiuto statale per coloro che hanno patito di persona o nella proprietà a causa di temporali o di animali selvaggi. Per quanto riguarda gli individui, potrebbe adottare il principio della mutua assistenza *pro tanto* e dividere i danni quando entrambi sono in colpa, come nel *rusticum iudicium* del tribunale dell'ammiragliato, o potrebbe gettare tutta la perdita sull'attore indipendentemente dalla colpa. Lo stato, comunque, non fa nessuna di queste cose, e l'idea prevalente è che il suo meccanismo lento e costoso non dovrebbe essere messo in moto a meno che dal turbamento dello status quo non possa essere tratto qualche evidente beneficio. L'interferenza statale è un male, quando non si può dimostrare che è un bene. L'assistenza universale, se desiderata, può essere realizzata meglio e a minor costi dall'impresa privata »²⁹.

Questa non è un'argomentazione semplice. Holmes non spiega perché l'attività incoraggiata col permettere la violazione del

²⁸ Vedi *supra*, 1 a); M. Horwitz, *op. cit.*, cap. 3. Per un'applicazione tipica della teoria al caso di *Hadley vs. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (1854), vedi Patterson, *The Apportionment of Business Risk Through Legal Devices*, in *Colum. L. Rev.*, 1924, pp. 335, 342; Danzig, *Hadley vs. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*, in *Leg. Stud.*, vol. 4, 1975, p. 249.

²⁹ O. Holmes, *The Common Law*, cit., p. 77.

dovere altruistico dovrebbe portare a un bene pubblico. Presumibilmente, egli non avrebbe generalizzato la sua posizione al fine di coprire tutti questi doveri, benché un ritorno allo stato di natura stimolerebbe certamente una grande quantità di attività ora impedita dalla paura dell'intervento legale. Inoltre, la limitazione del dovere dovrebbe avere un effetto inibente sull'attività di coloro che sono soggetti al danno non compensato. Holmes semplicemente presume che questi effetti inibenti sulla attività desiderabile (o che stimolano effetti sulla attività desiderabile) non cancellano i profitti derivanti dalla « liberazione di energia ».

La premessa implicita sembra essere che l'azione aggressiva di coloro che commettono degli illeciti, considerati come classe, ha un valore sociale maggiore dell'attività dei trasgressori la cui azione è inibita dalla rimozione della protezione. Nel pensiero di Holmes, questa premessa si lega al darwinismo sociale e alla fede nella desiderabilità del conflitto in generale³⁰. A suo avviso, il risultato della contrattazione sotto uno sfondo di regole individualiste sarebbe quello di piazzare il controllo delle risorse produttive, e pertanto degli investimenti, nelle mani di coloro che più probabilmente li usano per il bene a lungo termine della comunità. Obiettivi di regolazione, paternalisti e comunitari sono meno importanti della crescita economica secolare. L'amministrazione della crescita richiede esattamente quelle capacità di aggressiva fiducia in se stessi che sono ricompensate sotto un regime individualista di *contract* e *fault*. La regolazione, il paternalismo e l'obbligazione comunitaria trasferiscono il potere economico da quelli che sanno come usarlo a quelli che non lo sanno³¹.

L'argomento parallelo per quanto riguarda le regole è che la « sicurezza » incoraggia la transazione in generale. La minimizzazione del « rischio giudiziale » (il rischio che il giudice sconvolgerà una transazione e manderà a vuoto le intenzioni delle parti) porta ad un livello di attività più alto di quanto si verificherebbe sotto un regime di standard. Naturalmente, alcune persone saranno *trattenute* dal fare transazioni per la paura della arbitrarietà di un sistema di regole generali for-

³⁰ Vedi la discussione della posizione complessiva di Holmes in R. Faulkner, *The Jurisprudence of John Marshall*, 1968, pp. 227-268.

³¹ O. Holmes, *Economic Elements*, in *Collected Legal Papers*, 1920, pp. 279-283.

malmente realizzabili. Ma la loro attività è meno importante, meno socialmente desiderabile, di quella della classe di attori fiduciosi in se stessi i quali vogliono padroneggiare il, e quindi fare affidamento sul, sistema delle regole.

L'argomento formale riposa sullo stesso, implicito darwinismo sociale dell'argomento sostanziale. La sicurezza delle transazioni è acquisita a spese della tolleranza della violazione del dovere altruistico da parte del beneficiario dell'arbitrarietà meccanica. La liberazione dell'energia di quell'attore è raggiunta attraverso una specie di sovvenzione basata su un giudizio di lungo termine che la società guadagna attraverso le azioni delle persone aggressive e competenti anche quando queste azioni sono direttamente a spese dei deboli.

b) Le regole come un aspetto del laissez-faire classico. La conclusione della considerazione astratta della relazione tra forma e sostanza è che vi è una sana base analitica per la intuizione di una connessione tra individualismo e regole. La connessione è strutturale, più che contestuale. *Non* è una connessione che è necessaria in pratica o anche verificabile empiricamente. Essa consiste nella esatta corrispondenza tra le strutture dei due argomenti.

Per tutto ciò che si può dire dalla discussione svolta fin qui, questa somiglianza strutturale è un interessante accidente storico. Sulla base della analogia noi potremmo azzardare una scommessa che particolari valori o premesse che rendono attraente il non intervento sostanziale tenderanno a rendere attraente anche il non intervento formale. Ma questa non sarebbe niente di più che una speculazione psicologica (di un tipo che intraprenderò con una certa estensione nell'ultima sezione di questo saggio).

Ma vi è anche una dimensione storica del problema. L'individualismo economico era una volta molto più saldamente legato alla difesa delle regole di quanto lo sia oggi, perché erano entrambi parte di una più vasta entità intellettuale: la teoria classica del laissez-faire. Quella teoria sosteneva che l'economia poteva scoprire leggi generali sulle conseguenze di benessere di particolari regimi giuridici considerati come insiemi. Lo studio scientifico di questi regimi suggeriva che il migliore era quello nel quale lo stato rifiutava sistematicamente di

intervenire ad hoc per raggiungere particolari risultati economici.

Lo studio della teoria del *laissez-faire* ha un interesse intrinseco, ma è utile anche per i nostri scopi particolari. L'altruismo moderno è in larga parte una critica delle premesse su cui era basato, più che una sviluppata contro-teoria. Come risultato della critica altruista, l'individualista moderno ammetterà che *talvolta* le regole non funzionano, mentre gli standard sì. Ma poiché la critica è solo una critica, l'altruista concederà che le regole sono talvolta necessarie. Questa ragionevolezza pragmatica dai due lati nasconde il fatto che i contendenti hanno raggiunto le loro posizioni similari per strade differenti.

L'individualista ha raggiunto la posizione pragmatica dopo aver abbandonato una teoria generale del perché le regole sono razionalmente richieste dalle leggi della scienza economica. L'altruista è arrivato allo stesso punto dopo aver abbandonato una concezione più provvisoria e (tra i pensatori giuridici) molto meno condivisa di una armonia sociale così completa da ovviare la necessità di qualunque regola. Noi possiamo ignorare l'esistenza di queste vie storiche divergenti finché noi stessi siamo interessati ad una comprensione puramente strumentale della questione della forma. Ma se siamo interessati ai valori intrinseci *alla* forma, al conflitto fondamentale di visioni dell'universo che sottostà alla discussione strumentale, allora è pericoloso fare una netta distinzione tra dove noi siamo e come ci siamo arrivati.

1. *Laissez-faire*. Non è facile ricostruire la visione economica individualista classica, specialmente se vogliamo comprenderla dall'interno come plausibile, piuttosto che assurda o ovviamente cattiva. Mentre vi erano parecchi fili di argomentazione, il più importante sembra essere stata l'idea secondo la quale il risultato della attività economica entro una struttura di *Common Law* delle regole di *contract* e di *tort* applicate meccanicamente sarebbe stata una naturale allocazione di risorse e una distribuzione del reddito.

Il risultato era naturale perché era un riflesso del reale potere di contrattazione delle parti, date le condizioni dell'offerta e della domanda nel mercato in questione. Nessun intervento legale poteva cambiarle tranne che facendo star tutti peggio, a meno che il riformatore avesse voluto stabilire un pieno collettivismo. Era semplicemente una implicazione delle

immutabili leggi dell'economia, il fatto che la riforma a pezzi e bocconi dovesse essere auto-sconfitta o controproducente.

Il rifiuto di imporre contratti o termini contrattuali a causa della disapprovazione dell'abuso del potere contrattuale è un esempio calzante. Ogni parte voleva scambiare nei termini intesi; ciascuna, pertanto, pensava che ne avrebbe tratto profitto. Il rifiuto di far rispettare i contratti priva ciascuna del profitto. Esso, comunque, *non* modifica il loro potere di accordo. Se noi ci rifiutiamo di far rispettare un termine particolare, le parti riaggiusteranno il resto del contratto e la parte più forte richiederà nella forma di un prezzo più alto, o quale che sia, il vantaggio che non può più esprimersi nella allocazione di un rischio. Il risultato netto sarà quello di portare alcuni dei compratori fuori dal mercato, perché essi non possono permettersi il lusso di pagare il più alto prezzo imposto dalla regolazione. È probabile che le vittime della esclusione dal mercato siano proprio quei compratori più poveri che il regolatore stava cercando di aiutare.

Se noi rispondiamo cercando di fissare il prezzo direttamente, il risultato sarà uno squilibrio di offerta e domanda, poiché i prezzi che noi stiamo cercando di scambiare erano quelli necessari per rendere trasparente il mercato. Se noi vogliamo prevenire la disillusione di venditori o compratori, dovremo stabilire contratti di razionamento o coatti. Questi non possono essere fatti applicare senza un grado di supervisione dell'affare individuale che equivale ad un socialismo *de facto*, se non *de jure*³².

L'asserzione della « naturalezza » della interazione economica sotto regole di proprietà e di contratto non è plausibile per noi. La sua plausibilità, nel 1900, era basata sulla combinazione fra due fedi: che il contenuto sostanziale delle regole di *Common Law* fosse un'incarnazione dell'idea di libertà e che l'intervento dei funzionari per far rispettare le regole fosse non-discrezionale. La base della prima credenza, come abbiamo visto, era il concettualismo. La seconda nozione si esprimeva attraverso un complesso di dottrine, incluso lo *stare de-*

³² Vedi, *in generale*, i lavori sul *laissez-faire* citati supra, alla nota 2 di questa seconda parte, e L. Robbins, *The Economic Policy in English Classical Political Economy*, 1952; W. Samuels, *The Classical Theory of Political Economy*, 1966; *Coppage vs. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *West Coast Hotel vs. Parrish*, 300 U.S. 379, 400-414 (1937) (Sutherland, J., dissenting).

cisis, la dottrina della non-delega, la dottrina della nullità per vaghezza, l'oggettivismo nei contratti, lo standard della persona ragionevole nei *torts*, la distinzione tra questioni di diritto e questioni di fatto e l'idea generale secondo cui il diritto tendeva a svilupparsi verso regole generali formalmente realizzabili.

Se qualcuno poteva credere che le regole di *Common Law* erano logicamente derivate dall'idea di libertà e che non vi era nessun elemento di discrezionalità nella loro applicazione, era sensato descrivere l'ordine giuridico stesso come almeno neutrale, non politico se non realmente « naturale ». L'economia era regolata, se la si paragonava allo stato di natura, ma era regolata negli interessi della sua propria libertà. Ciò che accadeva agli attori economici quando essi esercitavano quella libertà aveva una pretesa ad essere naturale tanto quanto quello che sarebbe accaduto se non vi fosse alcuno stato.

2. *L'attacco altruista al laissez-faire*. L'attacco altruista al *laissez-faire* negava la neutralità dei risultati della contrattazione entro le regole di fondo. Gli altruisti partirono dalla proposizione secondo cui i risultati sono pesantemente condizionati dall'ordinamento giuridico di fatto ad ogni momento dato. Coloro che fanno rispettare quell'ordine giuridico devono accettare responsabilità per la allocazione delle risorse e la distribuzione del reddito che esso produce. In particolare, il potere di contrattazione è una funzione dell'ordine giuridico. Tutte le regole individualiste limitano o liberano quel potere. I cambiamenti nelle regole alterano il suo modello. Il risultato della contrattazione sarà pertanto radicalmente differente secondo se noi concediamo uno stato di natura, imponiamo un regime individualista molto più regolativo o uno altruista ancora più regolativo. Tutti i risultati sono egualmente « naturali ». Il problema è: qual è il migliore?

La persuasività dell'attacco altruista dipendeva molto dal discreditarlo sia il concettualismo sia la pretesa che l'ordine giuridico è composto da regole che i giudici si limitano ad applicare. Finché si credeva in queste due idee, si poteva distinguere abbastanza facilmente tra un regime individualista e, o lo stato di natura, o uno stato del benessere più altruista. Solo il regime individualista era basato sulla libertà. Sotto quel regime, gli attori economici non erano mai soggetti a

restrizioni politiche o ad interferenze basate sull'altruismo. Le regole che governavano la condotta non dipendevano né dal consenso legislativo né da una morale utopica, ma dalla deduzione dai principi primi applicabili da ciascuno. Essi erano applicati senza l'esercizio della discrezionalità da parte dei giudici, che non avevano alcun potere di immettere la loro propria politica o la loro propria morale nel processo.

Gli altruisti tentarono di mostrare che né il concettualismo né l'idea del diritto inteso come regole avevano realtà come base per definire un ordine giuridico veramente individualista. Come abbiamo visto, l'accusa contro il concettualismo consisteva nel dire che esso era una mistificazione: semplicemente non vi era alcun processo deduttivo attraverso il quale si poteva derivare la risposta giuridica « giusta » a partire da astrazioni come la libertà o la proprietà³³. L'attacco alla pretesa oggettività del processo che-applica-il-diritto copriva l'intero complesso di dottrine che si supponeva eliminassero l'elemento discrezionale dall'intervento pubblico³⁴. Lo scopo era quello di mostrare che, come dato di fatto, la maggior parte delle regole erano standard. L'ordine giuridico, in questa prospettiva, sfrecciò con discrezione travestendosi da *rule of law*.

Se i giudici non avevano né derivato le regole di *Common Law* dai concetti né li avevano applicati meccanicamente ai fatti, allora che cosa *avevano* fatto? La risposta altruista era che essi si erano comportati da legislatori e avevano poi imposto le loro *inclinazioni* economiche. L'ordine giuridico non rappresentava una coerente filosofia individualista, ma concreti interessi economici individualisti occultati da un linguaggio incomprensibile³⁵. Una volta riconosciuto questo, l'obiettivo succes-

³³ Vedi *supra* 1 c).

³⁴ Sullo stare decisis vedi Dewey, *op. cit.*, e le fonti citate in Christie, *op. cit.*, p. 1317, n. 27. Sulla non-delega vedi Jaffe, *Law Making By Private Groups*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 51, 1937, p. 51; K. Davis, *op. cit.*, cap. 2. Su diritto e fatto vedi H. Hart e A. Sacks, *op. cit.*, pp. 366-385. Sull'oggettivismo, vedi Costigan, *Implied-in-Fact Contracts and Mutual Assent*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 33, 1920, p. 376. Vedi anche *supra*, prima parte, 1 b).

³⁵ La singola esposizione più importante di questa posizione è la prima: la teoria di Marx del feticismo delle merci: K. Marx, *Capital*, trad. ingl. di Moore e Aveling, 1906, pp. 81-96. Per una moderna esposizione marxista vedi Perlmán, *The Reproduction of Daily Life*, in Lothstein (ed.), « *All We Are Saying...* », *The Philosophy of the New Left*, 1970, p. 133. Le opere principali nella critica americana non marxista alla teoria Classica della politica econo-

sivo era la tesi per cui l'interferenza con il « libero mercato » (mercato regolato da regole fondamentali derivate concettualmente e applicate meccanicamente) avrebbe necessariamente fatto stare tutti peggio.

Gli altruisti dimostrarono che nessuna singola analisi generale poteva predire gli effetti dell'intervento legale nell'economia. Tutto dipendeva dalla struttura del mercato particolare, che a sua volta dipendeva dal sistema giuridico. Era verissimo che tentativi di regolare l'esercizio del potere economico interferendo con particolari termini contrattuali *potevano* frustrarsi da soli, se il mercato era perfettamente competitivo (sicché il prezzo era uguale al costo), o se la parte più forte poteva trasferire le sue esazioni da un termine all'altro. Ma non *sempre* era questo il caso. Termini coattivi standardizzati in politiche di assicurazione potevano ridurre il potere contrattuale dei venditori accrescendo la comprensione, da parte dei compratori, della transazione.

Anche supponendo che il risultato dell'intervento è di forzare la maggior parte della gente a fare transazioni sulla base del nuovo insieme di termini ad un prezzo più alto nel momento in cui spingeva il resto fuori dal mercato, ciò potrebbe essere giustificato su basi paternaliste. Secondo il nuovo modo di analisi, post-concettualista, la *Common Law* era già piena di paternalismo, cioè di regole come quella della capacità, che non poteva più essere razionalizzata attraverso la teoria della volontà. L'estensione della politica protettiva, per esempio, alla rinuncia di garanzie ai consumatori non rappresenterebbe nessuna rottura radicale con la tradizione di *Common Law*.

Era anche possibile relativizzare l'argomento sulla diretta regolazione dei prezzi: il suo impatto era una funzione dell'intera situazione, piuttosto che di qualunque massima generale sulla domanda e l'offerta. Per esempio, dove i venditori non possono facilmente ritirarsi dal mercato, una riduzione di prezzo obbligatoria non può ridurre l'offerta, tranne che sul lunghissimo termine. Un monopolista che è costretto a ridurre il suo prezzo

mica applicata al diritto sono R. Ely, *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of Wealth*, 1914; J. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, 1924. L'esposizione più chiara della posizione generale è Hale, *Bargaining, Duress and Economic Liberty*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, p. 603.

può *accrescere* l'offerta al fine di mantenere il livello più alto possibile di profitto.

Infine, vi erano molti modi di influenzare risultati economici in una direzione altruista senza regolare direttamente i risultati e non vi era nessuna ragione per credere che questi ridurrebbero il benessere. Le tendenze di ottimizzazione del mercato funzioneranno, entro i margini che scegliamo di lasciare loro, non importa quale sia la definizione iniziale che diamo e l'allocazione di diritti di proprietà. Per esempio, noi possiamo limitare la tattica che i datori di lavoro possono usare in contratti con i loro impiegati. Ciò cambia l'equilibrio di potere che esisteva sotto le vecchie regole su ciò che la gente poteva fare con la sua proprietà. Ma non «impedisce il funzionamento del mercato» più o meno di quanto noi lo abbiamo impedito imponendo le regole di proprietà e di contratto al primo posto³⁶.

Questa linea di argomentazione altruista si applica con una forza esattamente eguale a cambiamenti nella forma e a cambiamenti nella sostanza. Per esempio, un operaio che compra un'automobile può essere assai abile nel contrattare il prezzo, ma non avere né il tempo né l'educazione per controbattere con successo per quanto riguarda le garanzie. La competizione può non costringere il venditore a tradurre i suoi termini di garanzia auto-interessati in un prezzo più basso, perché può non esservi alcuna competizione.

La regola normale secondo cui le parti sono vincolate ai loro contratti, che li leggano e comprendano o meno, ha ovvi vantaggi in molte situazioni, ma qui essa concederà al venditore di imporre la sua volontà al compratore. Il giudice può ridurre il potere di contrattazione del venditore se egli adotta un approccio più flessibile basato su «una ragionevole comprensione di un prudente compratore incompetente in tutte le circo-

³⁶ La critica delle proposizioni Classiche di welfare ha due fili. Uno di questi è l'economia istituzionale, un prodotto americano del rifiuto tedesco della economia Classica. Sull'istituzionalismo, vedi B. Seligman, *Main Currents in Modern Economics*, 1962, parte 1 e J. Dorfman, *The Economic Mind in American Civilization 1865-1918*, vol. 3. Il secondo filo era la formalizzazione e la positivizzazione neoclassiche della teoria economica Classica, che mirava a togliere categorie come valore, equilibrio, competizione, efficienza e libero mercato dai loro sovrtoni etici. Utili discussioni in J. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, 1954, e E. Roll, *A History of Economic Thought*, 3. ed., 1954. Il punto di partenza della discussione moderna è L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2. ed., 1935.

stanze ». Il risultato può essere che vi è un netto aumento nella protezione per i compratori, un cambiamento il cui costo è assorbito dal venditore nei suoi profitti di monopolio.

Può essere che il giudice possa neutralizzare i cattivi effetti della regola normale sull'intenzione attraverso dottrine sostanziali sulla violenza, la frode, la vessazione o qualsivoglia altro. Ma vi saranno problemi formali anche con queste dottrine. Esse possono essere sottoinclusive in modi che sono desiderabili in generale ma che li privano di efficacia in questa situazione (una mancata spiegazione del funzionamento di una merce non è una frode, perché non vi è stata nessuna falsa asserzione di fatto). Una serie di applicazioni altamente particolarizzate di uno standard generale di « comprensione generale » può essere il solo modo efficace di affrontare il problema, in mancanza di un approccio più invadente di termini obbligatori costruiti giudizialmente.

La scelta tra la vecchia regola « stretta », uno standard di « ragionevole comprensione » e termini coercitivi non può essere fatta in un modo neutrale. Ogni scelta tocca il bilanciamento di potere economico, a vantaggio di un lato e a svantaggio dell'altro. Poiché questi effetti sono direttamente attribuibili all'ordinamento giuridico, il giudice deve assumersi la sua responsabilità per scegliere tra loro. Egli è un « interventista » non importa quel che fa³⁷.

Ridotte all'essenziale, le argomentazioni formali e sostanziali degli altruisti sono identiche. L'azione legislativa, amministrativa e giudiziale basata su una conoscenza dettagliata di situazioni particolari può raggiungere obiettivi paternalisti e regolativi senza paralizzare le energie economiche private. Lo stato dovrebbe muovere direttamente per attuare « l'interesse pubblico », piuttosto che far affidamento sulla combinazione di regole sulla proprietà e sui contratti con l'attività privata per produrre un massimo sociale. Al livello sostanziale di legislazione, l'altruista respinge la posizione individualista secondo cui è necessario tollerare l'ineguaglianza di potere contrattuale ed altri abusi di dovere altruistico per quanto riguarda larghi gruppi sociali. La posizione altruistica a favore degli standard è la versione formale della stessa proposizione. È che noi pos-

³⁷ Vedi *supra*, prima parte, 1 b), e la nota 37 della prima parte.

siamo, a volte, imporre i nostri valori sostanziali in casi particolari, come anche in casi generali, senza le disastrose conseguenze delle predizioni individualiste.

4. *Gli argomenti politici sull'orientamento del Judicial Result*

Fin qui abbiamo messo a confronto, da un punto di vista morale, l'etica dell'affidamento su se stessi e quella del sacrificio e della partecipazione. Abbiamo poi considerato una controversia economica che ha opposto l'equità nella giurisdizione (definita in termini di scopi del legislatore) al raggiungimento del benessere generale attraverso il non-intervento. Qui prendiamo in considerazione il confronto politico nel quale gli slogan che si contrappongono sono i diritti e i poteri. Il difensore delle regole sostiene che porre il diritto in termini di standard è inconciliabile con i diritti fondamentali di un cittadino di uno stato democratico.

Vi sono due rami nella tesi. Li chiamerò lo stratagemma della competenza istituzionale e lo stratagemma della questione politica. La premessa dell'argomento della competenza istituzionale è che i giudici non hanno gli strumenti di cui avrebbero bisogno se dovessero tentare di determinare le probabili conseguenze delle loro decisioni per la struttura totale della attività sociale. In altre parole, un orientamento al risultato razionale richiede delle indagini fattuali che sono al tempo stesso particolarizzate e di ampio raggio. Solo il legislativo è competente a compiere queste indagini. I giudici, pertanto, dovrebbero limitarsi a prescrizioni *generali*.

La premessa dello stratagemma della questione politica è che vi è una radicale distinzione tra l'attenersi alle regole e l'applicare gli standard. Gli standard si riferiscono direttamente ai valori o scopi sostanziali della comunità. Essi implicano « giudizi di valore ». Poiché i giudizi di valore sono intrinsecamente arbitrari e soggettivi, essi dovrebbero essere dati solo in base a un voto di maggioranza. Al contrario, regole formalmente realizzabili implicano il reperimento di fatti. Il reperimento di fatti pone questioni oggettive suscettibili di discussione razionale. Finché il processo di creazione delle regole è

democraticamente legittimato, non vi è alcuna obiezione politica alla delega ai giudici ad applicare la regola³⁸.

Naturalmente, finché il giudice ha il potere di formulare una nuova regola, più che di applicarne una vecchia, è chiaro che egli ha una certa quantità di potere politico o legislativo. L'argomento a favore delle regole, nella forma in cui noi lo considereremo, è pertanto una questione di grado. Ma la creazione di regole seguita dalla applicazione di regole dovrebbe essere *meno* politica di un procedimento in base a standard. Sia la creazione sia l'applicazione di regole limitano la discrezionalità pubblicizzandola al livello legislativo e fornendo criteri per criticarla al livello della applicazione.

Insieme, gli argomenti della competenza istituzionale e della questione politica produrrebbero un regime nel quale i giudici non farebbero altro che formulare e applicare regole generali formalmente realizzabili. Questa procedura minimizzerebbe sia la ricerca istituzionalmente non appropriata dei risultati probabili della decisione sia l'attività intrinsecamente legislativa del dare giudizi di valore. Un regime di standard avrebbe l'effetto opposto. Ogni caso richiederebbe un'analisi fattuale dettagliata, aperta a qualsiasi interpretazione, e un richiamo diretto a valori o scopi.

Sembra intuitivamente ovvio che entrambe queste mosse sono individualiste in maniera tipica. Ciascuna rappresenta un argomento a favore del non-intervento, della passività giudiziale di fronte alla violazione del dovere altruistico. Sembrerebbe pertanto ragionevole attendersi di trovare una pretesa sostanziale esattamente parallela a che il giudice non cerchi di imporre uno standard alto di dovere altruistico poiché egli non ha né la conoscenza né la legittimità democratica richiesta per quella impresa. Di fatto, un argomento del genere non esiste. È la tesi centrale del moderno attacco conservatore all'attivismo giudiziale sia nel diritto pubblico sia nel diritto privato³⁹. In verità, in quest'area gli argomenti formali e sostanziali sono così prossimi ad identificarsi che li tratterò come un'unità.

³⁸ Vedi Macaulay, *op. cit.*, pp. 1065-1069.

³⁹ Vedi, per es., Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 73, 1959, p. 1; Leff, *Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 115, 1967, p. 485. Il nesso tra diritto pubblico e diritto privato è esplicitato in Wellington, *op. cit.*, *passim*.

Poiché gli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica si applicano così chiaramente sia alla forma sia alla sostanza, esse pongono, più nettamente degli argomenti economici, la questione sottostante della relazione tra individualismo e altruismo nel moderno pensiero giuridico. Prima, però, di considerare questo problema, dobbiamo affrontare un difficile problema storico.

Le forme moderne degli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica sono le invenzioni dell'altruismo precedente alla seconda guerra mondiale, più che dell'individualismo. La loro prima applicazione è stato l'uso attivistico, da parte della Suprema corte degli Stati Uniti, della clausola del *due process* per atterrare la legislazione sociale. Uomini che dedicarono la maggior parte delle loro vite a perseguire scopi comunitaristi, paternalisti e di regolazione entro il sistema giuridico sono responsabili della argomentazione più influente della questione politica a favore del non-intervento giudiziale sia nel diritto pubblico sia nel diritto privato. Uno degli scopi di questa sezione è di mostrare che nel diritto privato le mosse sono, non di meno, « essenzialmente » individualiste. La loro adozione da parte degli altruisti nel contesto costituzionale del 1936 fu una tattica sfortunata, anche se forse necessaria. Il risultato a lungo termine è stato che i moderni altruisti spendono molto della loro energia retorica nel difendersi contro la loro stessa analisi di quarant'anni fa.

a) *Le origini degli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica. 1. La posizione individualista classica sulla Judicial Review.* Abbiamo già visto che una definizione particolare del ruolo dei giudici fu una componente importante della concezione individualista classica della natura e della funzione dell'ordine giuridico. Potremmo chiamarla il modello della « rule of law »⁴⁰. Le due operazioni che la definivano erano la deduzione di regole giuridiche da principî primi e l'applicazione meccanica delle regole a situazioni di fatto. Ogni operazione era rigorosamente razionale o oggettiva; il giudice poteva e doveva escludere i suoi propri valori politici o eco-

⁴⁰ Sul « rule of law » vedi A. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 8. ed., 1915, pp. 179-201; F. Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1960, pp. 162-233; Kennedy, *Legal Formality*, cit.

nomici dal processo del giudizio. Altre dottrine (non-delega, vaghezza, opposizione tra diritto e fatto, *stare decisis*, ecc.⁴¹) rimpinguavano il modello in modo che esso potesse essere usato per descrivere di fatto tutti gli atti di funzionari che influivano sui diritti dei cittadini.

Questa teoria del ruolo dei giudici giocò una parte specialmente importante nella teoria classica della *Judicial Review*. In quella teoria, la Costituzione era diritto come ogni altro diritto, solo un diritto superiore. La *Judicial Review* consisteva nella elaborazione deduttiva dei suoi principi e nella loro applicazione a leggi particolari. Come tale, il compito era del tutto razionale ed oggettivo. Non aveva senso accusare i giudici di usurpare i poteri politici o le funzioni del legislativo, perché non vi era nulla di politico (prudenziale, discrezionale) in ciò che i giudici stavano facendo⁴².

Buona parte di ciò la si doveva a Marshall⁴³, ma i pensatori individualisti classici aggiunsero una nuova dimensione. Essi erano posseduti dalla teoria, successiva alla guerra civile, del diritto privato come insieme di deduzioni dal concetto di libero arbitrio, mentre al tempo di Marshall la giurisprudenza dominante presentava le regole di diritto privato o come date attraverso le forme dell'azione o come risultato del conflitto tra morale e politica. Ciò che i pensatori classici fecero fu di ridurre la « libertà » assicurata dalla clausola del *due process* delle costituzioni statali e di quella federale al « libero arbitrio » da cui essi credevano di poter dedurre le regole di *Common Law*.

Questo audace colpo integrò diritto pubblico e diritto privato. Esso fornì un insieme di test sulla costituzionalità della legislazione che avevano la presunta neutralità del diritto privato al fine di rafforzarli contro l'accusa secondo cui le corti stavano oltrepassando se stesse. Per esempio, la « libertà » delle costituzioni significava libertà di contratto. Ne seguiva che lo stato *doveva* imporre l'insieme di regole giuridiche che erano implicite nell'idea stessa di contratto. In particolare, un *injunctive remedy* contro i tentativi sindacali di organizzare i la-

⁴¹ Vedi *supra*, 3.

⁴² Era questa la posizione sia dei liberali sia dei conservatori nel conflitto sulla costituzionalità della legislazione sociale. Cfr. il dissenso di Harlan, J., con l'opinione maggioritaria in *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45, 52-65 (Peckham, J.), 65-74 (Harlan, J., dissenziente) (1905).

⁴³ Vedi *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

voratori vincolati da un contratto in base al quale si impegnavano a non iscriversi al sindacato (« *yellow dog contracts* ») era richiesto costituzionalmente⁴⁴. Viceversa, un tentativo da parte del legislativo di espandere la *law of duress* per vietare contratti che « realmente » rappresentavano una volontà libera era incostituzionale e nullo⁴⁵.

Applicato alla lettera, questo approccio avrebbe significato congelare nel sistema giuridico l'intera struttura di *laissez-faire* che gli individualisti classici pretendevano di poter derivare, deduttivamente, dai concetti. Ma anche negli anni venti, nel pieno rigoglio dell'attivismo di *Judicial Review*, nessun tribunale tentò qualcosa di così radicale. In pratica, l'argomento individualista era tanto storico e pragmatico quanto puramente concettuale, facendo leva sull'idea secondo cui il diritto americano era sempre stato ligio all'impresa pubblica, che era la sola politica, eccetto il socialismo, che si accordava con le « leggi della scienza economica ».

Possiamo prendere come esempio l'opinione dissenziente del giudice Sutherland nel caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*⁴⁶. La questione era la costituzionalità di una legge che creava una commissione avente il potere di fissare salari minimi per differenti categorie di lavoratrici nel District of Columbia. Sutherland sostenne che la clausola del *due process* rendeva la libertà di contratto un diritto costituzionale. Farla rispettare contro i tentativi di limitazione legislativa era il dovere del giudiziario, un dovere che non poteva essere distinto da quello di far rispettare le regole di diritto privato in dispute tra le parti private più umili.

Il diritto era soggetto al controllo legislativo, ma un controllo strettamente limitato ad interventi paternalisti, come la specificazione del modo di pagamento del massimo di ore. Qui, in contrasto, l'oggetto era regolativo: eliminare il reale potere di contrattazione di lavoratore e datore di lavoro come la determinante del saggio del salario. A differenza dalla legislazione precedente, che lasciava che le parti regolassero i loro salari in modo da riflettere condizioni di lavoro imposte dallo stato, questa legge gettava il potere statale nella disputa dal lato

⁴⁴ Vedi *Hitchman Coal & Coke Co. vs. Mitchell*, 245 U.S. 229 (1917).

⁴⁵ Vedi *Coppage vs. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).

⁴⁶ 300 U.S. 379, 400-1 (1937).

del lavoratore. Essa, pertanto, consisteva nel forzare il datore di lavoro a dare una parte del suo guadagno per sostenere l'operaio al livello minimo di benessere. La misura del sussidio era la differenza tra il salario minimo e ciò che il lavoratore avrebbe potuto guadagnare sul « libero mercato ».

Lo scopo, secondo Sutherland, poteva essere lodevole, ma i mezzi adottati risultavano nel sottrarre senza indennizzo la proprietà al datore di lavoro, insieme con una violazione della libertà contrattuale del datore di lavoro, tutto a detrimento di tutti quelli coinvolti. Primo, l'operaia che agiva nel processo aveva perso il suo lavoro perché non le era stato concesso di stipulare un contratto che era per lei soddisfacente. Le erano stati negati i suoi diritti costituzionali senza nessun guadagno compensatorio, in quanto la legge l'aveva impoverita invece che garantirle un livello minimo di benessere. Secondo, attraverso una redistribuzione arbitraria di reddito tra particolari datori di lavoro e lavoratori, allocando il peso di mantenere il benessere in modo tale da avere un impatto negativo massimo sull'incentivo a creare ricchezza e posti di lavoro.

2. *Gli altruisti accettano la teoria individualista del ruolo giudiziale.* Guardando retrospettivamente, sembra vi siano state due linee plausibili di attacco altruista al tentativo individualista di costituzionalizzare le regole fondamentali del laissez-faire. La strada che non fu presa fu quella più radicale. Essa implicava l'accettazione della analogia tra diritto pubblico e privato e la tesi successiva che entrambi erano intrinsecamente « politici », nel senso che richiedevano che il giudice facesse delle scelte tra le visioni sociali rivali dell'individualismo e dell'altruismo. Gli altruisti avrebbero poi potuto argomentare a favore del rispetto giudiziale verso la legislazione sociale altruista o sulla base che i giudici sono gli inferiori costituzionali del legislativo, o sulla base del fatto che la legislazione particolare in questione era positivamente giusta e desiderabile, avendo l'opzione di abolire qualunque legislazione futura che violasse i diritti umani fondamentali.

Di fatto, la risposta altruista fu frammentata ed evasiva. Vi sono accenni dell'argomento più radicale in alcune opinioni⁴⁷

⁴⁷ Vedi, p. es., *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

e nella nota alla *Carolene Products*⁴⁸ sul ruolo del giudiziario nella protezione delle minoranze. Ma la tendenza dominante era diversa. Essa consisteva in un tentativo di distinguere il ruolo inevitabilmente « politico » dei giudici nel sindacare la legislazione da aspetti più convenzionali della funzione giudiziale, come la giurisdizione di diritto privato. Non di meno, essa poggiava in maniera notevole su argomenti altruisti sviluppati nel contesto del diritto privato.

Primo, gli altruisti mettevano in rilievo che la posizione individualista nel diritto pubblico era concettualista. L'individualismo pretendeva di dedurre una teoria della *Judicial Review* dal semplice fatto che la Costituzione era « diritto » e che il tribunale era « giudiziario ». Essa sosteneva che « libertà » avesse un solo significato, dal quale era possibile dedurre regole di sindacato che distinguerebbero in modo non politico tra leggi regolative. Sullo sfondo era la pretesa in base alla quale le regole di *Common Law* potevano servire come un segno di riferimento della costituzionalità perché esse rappresentavano delle deduzioni a partire dal libero arbitrio.

Gli altruisti attaccarono questa posizione su basi sia storiche sia analitiche. L'intervento paternalista e regolativo era stato comune nel periodo precedente alla guerra⁴⁹ e nessuno aveva mai pensato che esso violasse la clausola del *due process*⁵⁰. Gli argomenti concettuali sulle implicazioni logiche delle parole « diritto », « giudice », « libertà » erano privi di significato. Qualunque intervento statale, per quanto minimo, rappresentava un passo sulla via verso l'altruismo e lontano dallo stato di natura. Una volta che si era riconosciuto questo, era chiaro che le corti avevano sostenuto dozzine e dozzine di leggi regolative e paternaliste (p. es., regolazione del modo di pagamento) sulla base di cavilli concettualisti il cui solo reale significato era che la Costituzione convalidava *sia* gli ideali individualisti *sia* gli ideali altruisti⁵¹.

⁴⁸ United States *vs.* Carolene Prods., 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938).

⁴⁹ Vedi, p. es., O & M. Handlin, *Commonwealth. A Study of the Role of Government in the American Economy: Massachusetts, 1774-1861* (ed. rivista, 1969).

⁵⁰ Vedi Corwin, *The Doctrine of Due Process of Law Before the Civil War*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 24, 1911, pp. 366, 460.

⁵¹ Vedi *supra*, 1 c); R. McCloskey, *The American Supreme Court*, 1960, pp. 101-179.

Nel caso del salario minimo, per esempio, gli altruisti sostenevano la tesi, oramai familiare, che non v'era alcun modo di dedurre gli effetti della legge da principi primi. Non v'era nulla come un potere di contrattazione « naturale » o come un valore del lavoro nel « libero mercato », dal momento che il mercato era già pesantemente regolato da istituzioni di diritto privato. L'impatto di questa legge particolare poteva essere determinato solo tramite una complessa, specifica ricerca fattuale sulle condizioni di offerta e domanda e sulla struttura competitiva del mercato per lavoratrici non specializzate nel District of Columbia alla metà degli anni trenta⁵².

Il passo cruciale nell'argomento altruista fu quello successivo: poiché la Costituzione racchiudeva sia ideali altruisti sia ideali individualisti e l'impatto della legge su quegli ideali era oscuro, la questione della sua validità era politica e, pertanto, inappropriata per una decisione da parte del giudice. Non era il fatto che la posizione altruista fosse in questo caso corretta che rendeva valida la legge. Piuttosto, la questione della validità era intrinsecamente legislativa. I tentativi giudiziari di definire la correttezza o la non correttezza in aree di intervento legislativo per raggiungere obiettivi comunitari, paternalisti o regolativi erano inappropriati, perché qualunque decisione richiedeva di scegliere tra valori in conflitto⁵³.

Gli altruisti, pertanto, accettavano la dicotomia individualista tra funzioni legislative e funzioni giudiziarie. Benché il loro scopo fosse quello di difendere l'intervento altruistico nell'economia, essi presentavano la loro posizione nella forma di un argomento contro l'intervento da parte dei giudici in casi che implicavano il conflitto tra individualismo e altruismo. La base della posizione era che la *Judicial Review* della legislazione sociale era *sui generis* in termini di ruolo giudiziario. I riformatori la contrapponevano implicitamente allo scopo, inequivocabilmente giudiziario, della giurisdizione di diritto privato, quando essi parlavano di « indagini per le quali il giudiziario è male equipaggiato » e della « necessità di scelta tra filosofie politiche rivali »⁵⁴.

⁵² Vedi *supra*, 2 b).

⁵³ Vedi *Nebbia vs. New York*, 291 U.S. 502 (1934); Powell, *The Judiciality of Minimum Wage Legislation*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 37, 1924, p. 545.

⁵⁴ *United States vs. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) (Stone, J.).

3. *L'incoerenza della distinzione altruista tra diritto pubblico e diritto privato.* Hindsight suggerisce che questa formulazione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato era una falsa rappresentazione delle posizioni reali dei riformatori altruisti. Può essere stato essenziale nello scopo politico di mobilitare l'opposizione contro i Nove vecchi. Ciò permetteva un appello all'ideale della legalità in difesa della supremazia del legislativo, evitando così un confronto polarizzato tra quelli che credevano nella politicizzazione totale di tutto e quelli che credevano tanto nei diritti quanto nella democrazia. Ma era intellettualmente disonesto.

Il problema era che i teorici altruisti del *diritto privato* erano stati impegnati per anni nel mostrare che la giurisdizione di *Common Law* non era assolutamente meno « politica » o « impregnata di valori » della *Judicial Review*. Inoltre, essi avevano affrontato gli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica come si applicavano al diritto privato e avevano concluso che portavano ad una teoria del ruolo giudiziario che era sia falsa in sé sia intrinsecamente inclinata verso esiti individualisti. Nel momento stesso in cui i loro alleati di diritto pubblico sottolineavano la neutralità della giurisdizione di diritto privato distinguendola dal carattere politico della *Judicial Review*, i teorici del diritto privato stavano minando la base di questa distinzione e attaccando le sue implicazioni. Sono i loro argomenti, più che quelli sviluppati nel contesto del diritto pubblico, che sono importanti, qui, ai nostri fini.

Primo, il diritto privato individualista classico non dipendeva meno dal concettualismo del diritto pubblico per la sua pretesa alla neutralità e alla legittimità. Era ugualmente aperto all'accusa che i giudici avevano usato l'ambiguità dei concetti per contrabbandare le loro tendenze⁵⁵. Secondo, una tendenza importante nell'argomento del diritto pubblico era precisamente che le regole proprietarie, di responsabilità e contrattuali di *Common Law* rappresentavano un massiccio intervento nella economia. Queste regole di diritto privato, più che forza « naturale » o « reale », erano la base del potere di contrattazione che gli altruisti stavano cercando di regolare. Esattamente la

⁵⁵ Vedi *supra*, prima parte, 1 b); seconda parte, 1 c).

stessa « scelta tra filosofie rivali » nell'ambito del diritto pubblico fu necessaria, dopo la morte dei concetti, nel decidere come la forza statale doveva essere usata per strutturare il conflitto economico. E lo stratagemma della competenza istituzionale era, se mai, più forte per il diritto privato che per il diritto pubblico⁵⁶.

Prendete il caso del giudice chiesto di dichiarare nulla, in quanto contraria all'ordine pubblico, la rinuncia alla garanzia su una falciatrice a motore. Per cominciare, c'è la questione di come la sua azione influenzerà il prezzo dei mietitori e di come un cambio di prezzo influenzerà la domanda. Poi vi sono le questioni « intrinsecamente politiche »: *a*) dovremmo respingere le scelte di quelli che preferiscono un mietitore più economico senza una garanzia; *b*) dovremmo spingere quelli che non possono permettersi il lusso di una falciatrice con una garanzia fuori dal mercato; *c*) supponendo che noi possiamo eliminare la rinuncia senza causare un aumento di prezzo pienamente compensativo, è eticamente o economicamente desiderabile spostare così la bilancia del potere economico verso il consumatore a spese del produttore? Infine, può la corte imporre con successo la sua decisione sul mercato in questione, data l'ignoranza dei consumatori, l'impatto limitato della sanzione di nullità, l'incapacità della corte o a pubblicizzare la sua veduta o a farla rispettare con una supervisione continua, la decentralizzazione del processo di decisione e così via?

È possibile sostenere che il caso della garanzia è un'eccezione, perché esso implica l'interferenza giudiziale con la libertà di contratto, e che la maggior parte della *contract law* e della *tort law* è almeno relativamente impolitica. Questo è vero nel senso che non sono generalmente *sentite* come politiche, ma è semplicemente falso se l'asserzione è che esse non implicano « giudizi di valore » del tipo che si suppone essere intrinsecamente legislativi. Molto della tradizione di ricerca altruista nei contratti, per esempio, è dedicata esattamente a politicizzare le questioni dottrinali più apparentemente mondane, come la citazione nella introduzione a questo saggio illustra ampiamente.

Per prendere uno tra una serie di esempi che potrebbero essere estesi all'infinito, non è possibile decidere quando una violazione di contratto è « sostanziale » e pertanto giustifica la

⁵⁶ Vedi Hale, *op. cit.*

rescissione da parte della parte adempiente, senza prendere una posizione su un conflitto di base individualista-altruista. Il giudice che non applica meccanicamente una regola deve guardare al grado di rischio che la vittima sopporterà se costretta a portare a compimento e poi pretendere i danni, e soppesarlo contro la perdita di affidamento o ingiusto impoverimento che ricadrà sulla parte inadempiente se l'altro prende le sue cose e se ne va a casa. La colpa sarà inevitabilmente rilevante, come lo sarà il grado di coinvolgimento o di intimità delle parti precedenti all'incidente. La questione sottostante è quella del grado di dovere altruistico che noi vogliamo imporre alla parte adempiente, e questo può essere determinato « razionalmente » solo sulla base di un'indagine fattuale dettagliata, seguita da una « scelta tra filosofie rivali »⁵⁷.

Pertanto c'è una singola critica altruista di legislazione giudiziale costituzionale e di *Common Law*. Le mosse della competenza istituzionale e della questione politica si applicano a entrambe o a nessuna. L'argomento altruista non può essere quello che un diritto è politico mentre l'altro è neutrale. Se le mosse sono valide nel diritto pubblico ma non nel diritto privato, dev'essere perché noi dovremmo trarre conclusioni differenti dalla scoperta dell'elemento politico a seconda se noi trattiamo con la Costituzione o con istituzioni di *Common Law*.

b) Il carattere individualista degli stratagemmi nel diritto privato. Non è questo il luogo per cercare di sviluppare una teoria altruistica della *Judicial Review*. È sufficiente, ai nostri fini, far vedere che, nel diritto privato, gli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica hanno un carattere chiaramente individualista.

La creazione di diritto privato da parte delle corti si realizza precisamente in quelle aree marginali ed interstiziali del sistema giuridico in cui non v'è alcuna indicazione inequivoca, o anche quanto mai propositiva, della volontà del legislatore. Si chiede al giudice di aggiungere regole e standard al corpus di *Common Law* decidendo come riempire una lacuna, risolvere una contraddizione o armonizzare una vecchia dottrina con nuove intuizioni. Ne consegue che le dottrine della competenza istituzionale e della questione politica hanno uno speciale significato.

⁵⁷ Vedi *Jacob & Youngs, Inc. vs. Kent*, 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889 (1921).

Esse *non* richiedono il rispetto della volontà del legislatore perché non ve n'è nessuna nelle premesse. Piuttosto, esse vincolano il giudice a realizzare la sua creazione di diritto in modo da non usurpare il potere legislativo *mettendo in essere funzioni legislative*⁵⁸.

Ciò è assai più che una *injunction* per evitare di annullare le decisioni dei rappresentanti eletti dal popolo. La tesi è quella generale secondo cui il giudice agirà sia in modo inefficace sia in modo illegittimo se egli tenta, al margine o negli interstizi, di realizzare gli scopi sostanziali della comunità riguardo all'individualismo e all'altruismo. Il corollario formale, secondo cui egli dovrebbe dare la sua risoluzione di controversie marginali e interstiziali come regole generali formalmente realizzabili, consegue direttamente dalla premessa per cui egli non dovrebbe agire politicamente.

In questa argomentazione individualista il giudice ha una legittima funzione come creatore marginale e interstiziale di diritto e come applicatore del diritto finché egli rifugge dall'orientamento al risultato. Il problema, per l'individualista, è di descrivergli esattamente come deve decidere senza prendere in conto i risultati. La risposta Classica era che la *Common Law* è un sistema chiuso, privo di lacune, di principi individualisti Classici. Secondo questa concezione, è possibile distinguere tra due tipi di giurisdizione di *Common Law*, uno che implica l'applicazione di questi principi esistenti ad una nuova situazione e l'altro l'introduzione di nuovi principi. L'attività di applicazione di principi esistenti a nuove situazioni è il nocciolo incontrovertito del ruolo giudiziale. Ma la creazione di nuovi principi è politica e, quindi, legislativa. Per esempio, sarebbe inappropriato, per un giudice, dichiarare illegale una rinuncia alla garanzia su una falciatrice a motore, perché ciò richiederebbe che egli creasse una nuova eccezione al principio esistente di *Common Law* della libertà contrattuale. Poiché la sola base per farlo è quella politica di favorire l'altruismo, il giudice non ha alcuna base per agire.

È implicito, in questa concezione, che il giudice ha realmente una base per far rispettare la rinuncia respingendo una causa di risarcimento da parte di un utente danneggiato. Ugualmen-

⁵⁸ Vedi *International News Serv. vs. Associated Press*, 248 U.S. 215, 248-67 (1918) (Brandeis, J., dissenziente).

te, egli avrebbe una base per applicare le regole generali dell'offerta e della accettazione a contratti per falciatrici a motore tutte le volte che dovesse sorgere una questione nuova (*case of first impression*). Ma egli usurperebbe il potere legislativo se dovesse creare, su basi altruistiche particolariste, speciali dottrine contrattuali sulle falciatrici a motore. In altre parole, vi sono tre file di attività. Primo, le parti private interagiscono e qualcuno acquista una rimostranza. Secondo, il giudice applica il sistema di regole individualiste Classiche di *Common Law* e o concede o nega un *remedy*. Terzo, il legislativo, se vuole, ma non il giudice, impone doveri altruistici che vanno al di là del sistema di *remedies* della *Common Law*⁵⁹.

La risposta altruistica è che il sistema a tre file porta al rispetto del *potere privato*, piuttosto che del legislativo. Il giudice non rispetta il legislativo perché il legislativo non ha detto nulla. La volontà che il giudice sta facendo rispettare quando rifiuta di interferire con la libertà di contratto è la volontà delle parti, o della parte dominante, se la relazione è ineguale. Un tale programma è la quintessenza dell'individualismo. A meno che egli non voglia, con Austin, abbracciare la finzione che nessuna freccia cade senza il tacito consenso del legislativo, il giudice non può pretendere che egli non ha alcuna responsabilità per questo risultato « politico ».

Inoltre, la proposta individualista presume che il sistema di *Common Law*, definito in passato in termini di qualche fine, ha le qualità di coerenza interna necessarie per permettere al giudice di distinguere tra usurpazione e semplice estensione di principi esistenti. Tutto l'attacco analitico altruistico al concettualismo era teso a mostrare che la *Common Law* reale, storica, mancava di queste qualità. Primo, i concetti che si supponeva fossero la base delle regole erano inutili come basi di decisione. Secondo, il modello attuale di risultati rifletteva un instabile compromesso, da qualche parte, tra il puro egoismo e il totale collettivismo.

Una volta che si è accettata questa concezione, la struttura a tre file subisce un collasso. Il giudice, in ipotesi, non può fare appello a un comando legislativo e la *Common Law* con cui deve armonizzare i suoi risultati va contemporaneamente in

⁵⁹ Vedi, p. es., *Roberson vs. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).

entrambe le direzioni. Certamente essa non impone la visione, propria dell'altruista, dei doveri sociali di comprensione e di sacrificio. Tuttavia, è possibile sostenere che *tutta* la sua dottrina punta in quella direzione, cioè verso la collettivizzazione, e si allontana dallo stato di natura. Il problema è che il bicchiere può essere mezzo pieno, più che mezzo vuoto. È altrettanto plausibile vedere la *Common Law*, quale noi l'abbiamo ereditata, come il manifesto dell'individualismo contro i tentativi feudali e mercantili di creare una relazione organica tra stato e società. Delle tre file non resta nulla, se non un campo di forze. Per decidere casi, il giudice dovrà allinearsi in un modo o nell'altro. Ma non può esservi alcuna giustificazione per la sua scelta se non una tortuosa dichiarazione di dedizione all'una o all'altra delle concezioni in conflitto.

c) *Due soluzioni proposte al dilemma politico.* Mentre nel 1940 si sarebbe potuto ragionevolmente affermare che l'effetto netto del conflitto tra individualisti e altruisti nel diritto privato era stato quello di privare il giudice di qualunque base per decidere casi al di là del personale orientamento ai risultati, vi sono stati, da allora, due importanti tentativi per aiutarlo ad uscire da questa situazione imbarazzante e per restaurare il prestigio del diritto difendendo la pretesa del diritto alla autonomia dalla politica. Il primo di questi è basato sulla asserzione della razionalità immanente, apolitica, dell'ordine sociale, o dell'immanente consenso morale tra i cittadini. Il secondo è basato sulla premessa che se il giudice lascia tutte le questioni di giustizia distributiva al legislativo, rimarrà una scienza razionale di allocazione delle risorse che può servire come guida chiara alla creazione marginale e interstiziale di diritto.

È impossibile riassumere questi due movimenti in uno o due paragrafi, ma è quello che cercherò di fare, cominciando con il più recente. Il *law and economics movement*⁶⁰, nella misura in cui si propone di elaborare una teoria di ciò che i giudici dovrebbero fare, è un tentativo di formalizzare il sistema a tre file sostituendo al tempo stesso l'autorità della scienza economica a quella della *Common Law* storica. La distinzione tra questione legislativa e questione giudiziale riposa esattamente

⁶⁰ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972; G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 1970.

sugli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica, messi qui nel linguaggio, proprio dell'economista, della allocazione e della distribuzione. Il punto che la *Common Law* è di fatto distributiva viene risolto con la tesi che essa non dovrebbe esserlo.

Il problema, con questa posizione, anche supponendo che si accetti il rifiuto rivoluzionario della tradizione di *Common Law*, è che l'allocazione efficiente delle risorse non può dare una risposta determinata per il dilemma del giudice in merito a quale legge fare. La teoria gli dice solo che i risultati della libera contrattazione — efficiente per definizione — sono preferibili a risultati diretti dallo stato, perché generano guadagni che potrebbe far star meglio tutti se redistribuiti.

Ma la libera contrattazione presuppone una definizione esistente e una distribuzione esistente dei diritti di proprietà. La concezione fondamentale dei critici dell'individualismo classico era che *tutte* le regole giuridiche vanno nella definizione delle posizioni iniziali di contrattazione — *tutte* le regole sono regole di proprietà in quel senso. Per ipotesi, il giudice cerca di decidere una questione marginale o interstiziale relativamente a queste regole. Qualunque cosa decida, la contrattazione seguente produrrà un risultato efficace. È pertanto un circolo vizioso sostenere che egli può decidere sulla base della efficacia. Un altro modo di mettere lo stesso punto è quello di dire che il risultato della contrattazione sarebbe efficace anche nello stato di natura. Tutti gli interventi sono motivati distributivamente⁶¹.

Ne consegue che l'eliminazione degli effetti dei costi di transazione sulla allocazione delle risorse non può fornire un criterio obiettivo indipendente per la creazione di diritto da parte dei giudici. È solo possibile decidere che questi effetti sono cattivi se noi possiamo stabilire che il risultato sotto un regime iniziale di regole legali, senza costi di transazione, sarebbe buono. Ma ciò non può esser fatto attraverso criteri di efficacia, poiché *tutti* i regimi iniziali soddisfano quel test. Prima che egli cominci applicando l'analisi dei costi della transazione, il giudice deve pertanto decidere esattamente quanto altruistico il regime di fondo dovrebbe essere. Anche supponendo che egli lo abbia

⁶¹ Vedi Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules*, in *J. Law & Econ.*, vol. 11, 1968, p. 67; Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, in *Phil. & Pub. Aff.*, vol. 5, 1975, pp. 3, 32, n. 56.

fatto, i passi richiesti prima dell'analisi possono causare il fatto che un determinato risultato implichi un'intera serie di « giudizi di valore »⁶².

La proposta alternativa, che il giudice si impegni in una « elaborazione ragionata » degli scopi sociali immanenti dell'ordine giuridico, o che egli decida sulla base di un « discorso morale », respinge la dicotomia di giudizi di fatto e giudizi di valore⁶³. Ma essa crea anche una struttura a tre file. Vi è il risultato dell'attività privata. Vi è l'intervento giudiziale *via* elaborazione ragionata. E vi è l'intervento legislativo nel perseguimento di scopi che il giudice deve ignorare. Come con le soluzioni dell'individualismo Classico e del *law and economics*, il giudice deve definire la sua giurisdizione attraverso gli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica, per evitare l'usurpazione. Come con le altre soluzioni, usurpazione significa orientamento al risultato, qui definito come oltrepasante la razionalità immanente o l'immanente moralità sociale dell'ordine giuridico.

Questo proposito rappresenta il riconoscimento che l'analisi altruista del contenuto economico e politico delle regole di *Common Law* ha portato ad un dilemma. Se il giudice non poteva sfuggire ad un ruolo di autonomo creatore di diritto, vi sembrano essere solo due alternative. Egli poteva ritirarsi nella passività e comportarsi quindi in un modo oggettivamente individualista facilitando l'esercizio del potere privato. O poteva assumere responsabilità per aver imposto i suoi « giudizi di valore soggettivi » alla popolazione.

⁶² Questa formulazione deve molto a conversazioni che ho avuto con Tom Heller, della Law School della Università del Wisconsin. Vedi, in generale, Polinsky, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 87, 1974, p. 1655; Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, in *Va. L. Rev.*, vol. 60, 1974, p. 451; Baker, *op. cit.*, Mishan, *Pangloss on Pollution*, in *Swed. J. Econ.*, vol. 73, 1971, p. 113.

⁶³ Vedi H. Hart e A. Sacks, *op. cit.*, pp. 116-120; Dworkin, *op. cit.*; L. Fuller, *The Morality of Law*, 1964; Fuller, *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 71, 1958, p. 630; Hart, *The Supreme Court, 1958 Term, Foreword: The Time Chart of the Justices*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 73, 1959, p. 84; K. Llewellyn, *op. cit.*; P. Selznick, *op. cit.*; Wellington, *op. cit.* Per una recente analisi in questa prospettiva, vedi Dawson, *op. cit.* *Contra*, vedi Clack & Trubek, *The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition*, in *Yale L. J.*, vol. 71, 1961, p. 71; Arnold, *Professor Hart's Theology*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 73, 1960, p. 1298; Kennedy, *op. cit.*, pp. 395-398.

La via d'uscita proposta è un rifiuto *parziale* di entrambe le strategie, quella della competenza istituzionale e quella della questione politica. *Alcune* specie di complesse questioni di fatto sono appropriate per il giudiziario; altre non lo sono. *Alcuni* valori o scopi sociali sono capaci di elaborazione ragionata da parte dei giudici; altri non lo sono e devono essere lasciati al legislativo. Al livello formale, vi è eclettismo su quando noi dovremmo usare regole e quando standard. Qualche volta sarà vero che noi possiamo aver fiducia che il giudice applicherà gli scopi dell'ordine giuridico direttamente ai fatti particolari, senza preoccuparsi né della arbitrarietà né della inefficacia generata dall'incertezza. Qualche volta, d'altro lato, noi vorremmo che egli distingua chiaramente tra il suo ruolo di creatore di diritto e il suo ruolo di applicatore del diritto.

Questo tentato compromesso è una risposta coerentemente incoerente alla insistenza, da ultima trincea, dell'individualista sugli stratagemmi della competenza istituzionale e della questione politica. L'individualista può ribattere solo riaffermando il principio ontologico primo secondo cui fatti e valori sono radicalmente distinti. È semplicemente vero di *tutti* i valori che essi sono soggettivi e arbitrari. La razionalità immanente, secondo l'individualista, è un'illusione o una contingenza basata su un consenso sociale accidentale e instabile e il ruolo del giudice è pertanto inevitabilmente discrezionale nel senso più pieno⁶⁴. Il postulato della democrazia richiede allora che il giudice restringa la sua creazione di diritto all'ambito più stretto possibile, adottando un regime di regole generali formalmente realizzabili.

Un compromesso di questo tipo, però, è ostile al programma altruista di orientamento al risultato come lo è all'individualismo. Come le altre strutture a tre file, esso asserisce che vi sono alcuni effetti di decisione che il giudice non può non prendere in considerazione. Relativizzare la distinzione tra questioni legislative e giudiziali è una cosa molto diversa dall'abolirla del tutto. L'elaboratore ragionato è l'alleato dell'individualista nell'asserire che vi sono alcuni valori che possono essere imposti solo attraverso la legislazione.

⁶⁴ Vedi Arnold, *op. cit.*; Clark e Trubek, *op. cit.*; Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 71, 1958, p. 593; Nagel, *Fact, Value and Human Purpose*, in *Natural Law Forum*, vol. 4, 1959, p. 26.

L'essenza dell'approccio della razionalità immanente è che esso si sforza di eludere il confronto di filosofie opposte sviluppando un terreno mediano. La strategia viene basata sulla credenza che individualismo e altruismo portano al conflitto solo su un margine di questioni controverse, lasciando un nocciolo pienamente giudiziale entro il quale vi è consenso. Creazione marginale e interstiziale di diritto entro quel nocciolo non favorisce nessuna delle ideologie in competizione. È solo se il giudice fa l'errore di muovere nella periferia « politica » che egli si troverà obbligato a fare una scelta tra di loro.

Non vi è nessun problema logico con questo modo di guardare all'ordine giuridico. La questione è se è più o meno plausibile della visione, condivisa sia dall'individualista sia dall'altruista, di un terreno di battaglia sul quale nessun metro di terra resta non conteso. L'elaboratore ragionato può obiettare all'individualista che egli ha guadagnato il principio della limitazione giudiziale in cambio della ammissione di un limitato numero di principi altruistici entro il nocciolo giuridico. All'altruista egli farà notare che il sacrificio del pieno orientamento al risultato ne vale la pena, dato che alcuni principi altruisti sono stati legittimati come una fonte di creazione giudiziale di diritto.

La mia opinione è che gli ideologi offrano una descrizione convincente della realtà, quando rispondono che non vi è alcun nocciolo. Ogni occasione di creazione di diritto farà sorgere il conflitto fondamentale di individualismo e altruismo, sia a un livello formale sia a un livello sostanziale. Sarebbe conveniente, per non dire provvidenziale, se realmente vi fosse un nocciolo, ma se mai uno è esistito è stato da lungo tempo divorato dalla periferia usurpatrice.

Se questo è il caso, allora semplicemente non vi è alcun modo per il giudice di essere neutrale. Non è che i concetti di libertà, uguaglianza, giustizia, benessere, che si suppone lo motivino, siano assolutamente senza significato o senza una possibile influenza sul suo comportamento. Essi sono profondamente radicati nella cultura e per la maggior parte di noi è impossibile capire il senso del mondo senza di essi. Il problema è che essi fanno capire due sensi del mondo, uno altruista, l'altro individualista. Questo è altrettanto vero per le questioni di forma e le questioni di sostanza. In verità, spero di

aver mostrato che la dimensione del contrasto tra regole e standard non è più che una quarta istanza del conflitto tra altruisti e individualisti: conflitto di comunità contro autonomia, regolazione contro facilitazione e paternalismo contro auto-determinazione. Ciò che resta è di esplorare il livello di contraddizione che sta sotto il conflitto come si manifesta nei dibattiti sulla forma e la sostanza delle regole giuridiche.

5. Premesse fondamentali dell'individualismo e dell'altruismo

Quale che possa essere stato il loro status in momenti differenti negli ultimi cento anni, individualismo e altruismo si combattono ora parallelamente nelle loro pretese confliggenti. Il tentativo individualista di una teoria razionale comprensiva è stato un fallimento. Ma l'altruismo non è emerso come una contro-teoria razionale comprensiva capace di realizzare lo scopo che ha sconfitto il suo avversario.

Non di meno, le due posizioni vivono ed anche fioriscono. L'individualista che accetta l'impossibilità (almeno temporanea) di costruire un ruolo giudiziale veramente neutrale insiste che vi è una base razionale per una presunzione di non intervento o di passività giudiziale. L'altruista, che non può far meglio con il problema della neutralità, è un attivista anch'egli, che sostiene che il giudice dovrebbe accettare la responsabilità di far rispettare, tutte le volte che è possibile, standard comunitari, paternalisti e regolativi.

In questa sezione, sosterrò che la persistenza di questi atteggiamenti come principi di organizzazione del discorso giuridico è derivata dal fatto che essi riflettono non solo una controversia pratica e morale, ma combattono anche sulla natura dell'umanità, dell'economia e della società. Vi sono due insiemi di premesse fondamentali confliggenti che sono disponibili quando tentiamo di ragionare astrattamente sul mondo, e questi si legano con le posizioni di cui disponiamo al livello più mondano di questioni sostanziali e formali nel sistema giuridico.

L'individualismo si associa con quel corpo di pensiero sull'uomo e la società a volte descritto, molto generalmente, come liberalismo. Non è necessario (in un senso logico o in un qual-

che altro senso di necessità) per un individualista attenersi alla teoria liberale⁶⁵. È possibile credere appassionatamente nella intrinseca giustezza morale della fiducia in se stessi e nella ovvia validità delle argomentazioni pratiche per una tendenza individualista nel diritto e tuttavia rifiutare le premesse liberali. È un fatto, comunque, che la teoria liberale è stata una componente importante dell'individualismo nella nostra cultura politica almeno a partire da Hobbes. L'intera impresa del concettualismo individualista Classico era quella di mostrare che un determinato regime giuridico poteva essere dedotto da premesse liberali, come pure derivato da una prassi e da una morale individualiste.

Lo stesso dicasi sul lato altruista. Le premesse organiciste con le quali l'altruista risponde all'argomentazione politica liberale sono ad un livello completamente altro dalle asserzioni morali e pratiche che abbiamo affrontato finora. Purtuttavia, com'è il caso con l'individualismo, vi è sia una connessione storica sia una potente eco moderna tra i livelli di argomentazione.

L'importanza di aggiungere questa dimensione teoretica a quella morale e a quella pratica è che essa porta ad un nuovo tipo di comprensione del conflitto tra individualismo e altruismo. In particolare, essa aiuta a spiegare quelli che ho chiamato prima i punti d'arresto dei due lati, i momenti in cui l'individualista, nel suo movimento verso lo stato di natura, improvvisamente si rivolge e diventa un altruista, e il momento simmetrico in cui l'altruista diventa un difensore delle regole e dell'affidamento su se stessi piuttosto che scivolare per tutta la via verso il totale collettivismo o l'anarchismo.

a) *Premesse fondamentali dell'individualismo.* La struttura caratteristica dell'ordinamento sociale individualista consiste di due elementi⁶⁶. Primo, vi sono aree entro le quali gli attori (gruppi o individui) hanno una discrezione totale arbitraria (alla quale ci si riferisce spesso come libertà totale) per perseguire i loro fini (scopi, valori, desideri, fini, interessi) senza riguardo per l'impatto delle loro azioni sugli altri. Secondo,

⁶⁵ Sul problema metodologico vedi *supra*, Parte prima, 3 c), e la nota 87.

⁶⁶ Vedi K. Marx, *op. cit.*; R. Unger, *op. cit.*; A. Katz, *op. cit.*, per un'analisi simile.

vi sono regole, di due specie: quelle che definiscono le sfere di libertà o di discrezione arbitraria, e quelle che governano le attività di cooperazione degli attori, vale a dire la loro attività al di fuori delle loro sfere di arbitrio. Un ordinamento pienamente individualista è la combinazione di *a*) regole di proprietà che stabiliscono, riguardo a tutto ciò che è valutato, un proprietario di diritto con controllo arbitrario entro limiti fissati, e *b*) regole contrattuali — in parte fornite dalle parti che agiscono privatamente, in parte dal gruppo come insieme che agisce legislativamente — che determinano come le parti interagiranno quando esse scelgono di farlo⁶⁷.

La caratteristica più importante di un ordinamento avente questa struttura è che gli individui si incontrano l'un l'altro in sole tre situazioni.

a) *A* ha il permesso di ignorare *B* e di comportarsi nella sfera della sua discrezione come se *B* non esistesse. *A* può far morire di fame *B*, o ucciderlo, finché ciò può esser fatto senza entrare in collisione con uno dei limiti della discrezionalità.

b) *A* e *B* negoziano, o come parti contraenti private o come legislatori pubblici, la creazione di alcune regole per governare le loro relazioni future. Queste regole saranno vincolanti, siano o meno basate sull'accordo tra *A* e *B* su quali fini le regole siano intese a servire. *A* e *B* lavorano solo per direttive vincolanti che avvantaggeranno ciascuno *secondo la sua propria veduta dei risultati desiderabili*.

c) *A* e *B* hanno ancora una volta il permesso di ignorarsi reciprocamente, finché ciascuno segue le regole che governano il loro comportamento collaborativo. Benché essi lavorino insieme, nessuno deve avere la benché minima preoccupazione per i fini dell'altro, o anzi per la persona dell'altro, finché egli esegue il suo piano.

Così, un ordinamento sociale individualista elimina qualsiasi necessità per *A* e *B* di impegnarsi in una discussione sui fini o valori. Essi possono realizzare la più complessa interdipendenza immaginabile nei campi della produzione e del consumo, senza riconoscere nessuna qualsivoglia interdipendenza come esseri morali. Se noi definiamo la libertà come l'abilità di scegliere per sé i fini da perseguire, allora un ordinamento indivi-

⁶⁷ Per una concezione simile vedi E. Durkheim, *op. cit.*, pp. 115-132.

dualista massimizza la libertà, entro i limiti del regime vigente.

La creazione di un ordinamento entro il quale non vi sono occasioni su cui è necessario per i membri del gruppo realizzare un consenso sui fini che essi devono perseguire, o in verità per i membri del gruppo di fare il più piccolo sforzo per il raggiungimento di fini diversi da quelli loro propri, dà un senso perfetto se si opera sulla premessa che i valori, in quanto opposti ai fatti, sono intrinsecamente arbitrari e soggettivi. Come la relazione tra gli altri componenti dell'individualismo (o del romanticismo, del Classicismo, ecc.), il legame tra i due insiemi di idee è più complicato di quello della implicazione logica. Ai nostri scopi, però, è sufficiente menzionare brevemente alcuni dei modi in cui l'idea della soggettività e della arbitrarietà dei valori rafforza o echeggia la struttura regola/discrezionalità.

La *soggettività* dei valori significa che è impossibile, per postulato, verificare direttamente l'affermazione di un'altra persona sulla sua esperienza dei fini. Vale a dire, quando *A* afferma che per lui un particolare stato di affari implica particolari valori in particolari modi, *B* deve scegliere tra accettare l'affermazione o sfidare la buona fede del resoconto. *B* sa dell'attuale stato degli affari solo per mezzo delle parole e delle azioni di *A*. Egli non può impegnare *A* in una discussione sui valori di *A* se non sulla base di quella informazione⁶⁸.

Il postulato della *arbitrarietà* dei valori significa che vi è poca base per discuterli. Anche supponendo che i valori siano obiettivi, sicché possiamo essere tutti d'accordo su quali valori erano implicati in una situazione particolare, e come erano implicati, sarebbe ancora impossibile mostrare con un qualsivoglia processo razionale come uno dovrebbe cambiare quella situazione obiettiva. La nostra comprensione della esistenza dei valori, secondo il postulato, non è fondata su processi razionali deduttivi o induttivi. I valori sono semplicemente *là*, nella psiche come sorgente di ogni azione. E poiché noi non possiamo spiegare — se non facendo ricorso a nozioni comportamentistiche

⁶⁸ Solo su questa base può esser facile mostrare che l'affermazione di *A* della sua esperienza dei valori è contraddittoria e ciò può causare ad *A* un tale disagio che egli cercherà di fatto di rettificare l'ordine dei suoi valori. La condotta di *B* si risolve ancora in *a*) un discorso razionale, oggettivo sui fatti (mostrando la contraddizione di *A*) e *b*) un'esortazione arazionale, soggettiva, sui valori (che richiede ad *A* di essere coerente sulla base del fatto che la coerenza è un « bene »).

come quelle della teoria dell'apprendimento — perché o come essi sono *là*, noi non possiamo aspettarci di conversare in modo intelligente su ciò che essi dovrebbero essere o diventare.

Date queste condizioni, sembra probabile che i meccanismi dell'ordine sociale dipendenti dal consenso sui fini incorreranno in terribili difficoltà. Se, per un piano provvidenziale (o forse per un condizionamento) i valori di ciascuno si rivelano essere identici (o produrre identici effetti), allora tutto è bene; se vi è disaccordo, ne consegue il caos. Questa attesa è rafforzata dall'altro importante postulato della teoria liberale: che la gente si raggruppa al fine di realizzare fini che pre-esistono al gruppo, sicché il gruppo è un mezzo o uno strumento dei suoi membri considerati come individui.

Ancora una volta, questa idea non è *logicamente* connessa né con il postulato della arbitrarietà dei valori né con la caratteristica struttura regola/discrezionalità di un ordinamento sociale individualista. Essa meramente « echeggia » queste concezioni alleate. Pertanto, se lo stato è solo uno strumento che ogni parte adotta per raggiungere i suoi scopi individuali, è difficile capire che senso avrebbe creare processi statali fondati sulle nozioni di valori mutevoli o in sviluppo. Se lo stato è veramente solo un mezzo per i valori e tutti i valori sono intrinsecamente arbitrari e soggettivi, le sole istituzioni statali legittime sono quelle che *agevolano*. Nel momento in cui lo stato adotta il cambiamento o lo sviluppo dei valori come uno scopo, noi sospetteremo che esso lo fa in opposizione a certi membri i cui valori altri membri desiderano cambiare. Lo stato diventa allora non un mezzo per i fini, ma uno strumento di alcuni nella loro lotta con altri, supponendo che quegli altri desiderino mantenere e perseguire i loro scopi sfavoriti.

La teoria individualista del ruolo giudiziale segue direttamente da queste premesse. Nella sua forma pura, quella teoria fa del giudice un semplice applicatore della regola e le regole sono definite come direttive i cui predicati sono sempre fatti e mai valori. Finché il giudice si riferisce solo a fatti nel decidere la questione della responsabilità e i rimedi che ne conseguono egli è nel regno dell'oggettivo. Poiché i fatti sono oggettivi, più che soggettivi, essi possono essere determinati e si può asserire che il giudice ha ragione o torto in ciò che egli fa. Il risultato è sia la certezza necessaria per la massimizzazione

privata sia l'esclusione dell'uso arbitrario del potere statale per favorire alcuni fini (valori) a spese degli altri.

L'individualismo classico del diciannovesimo secolo aveva a che fare con la tesi secondo cui era impossibile formulare un codice di leggi che trattasse tutte le situazioni anticipatamente attraverso regole formalmente realizzabili. La risposta era che i fini veramente comuni, benché minimi, che avevano condotto alla creazione dello stato potevano essere formulati come concetti dai quali potevano essere dedotte regole formalmente realizzabili. Il giudice poteva allora avere a che fare con le lacune nell'ordine giuridico — con situazioni nuove — elaborando deduttivamente nuove regole. Il processo di elaborazione sarebbe obiettivo, perché razionale, proprio come l'applicazione delle regole era obiettivo perché si riferiva solo a fatti.

L'individualismo moderno accetta la tesi per cui questa impresa fu un fallimento, ma non ne consegue che il giudice sia totalmente libero. Vi è ancora una presunzione razionale in favore del non-intervento, basata sulle fondamentali premesse liberali. Queste sono state rafforzate, piuttosto che indebolite, dal fallimento dell'impresa Classica, che asseriva che vi era almeno abbastanza consenso sui valori da fondare una aggressiva teoria del « diritto soggettivo » (*right*), se non del bene.

Il non intervento è coerente con le premesse liberali perché esso significa il rifiuto del gruppo ad usare lo stato per far rispettare la sua visione del dovere altruistico contro le visioni confliggenti degli individui che perseguono il loro proprio interesse. Il giudice dovrebbe essere intensamente consapevole della soggettività e della arbitrarietà dei valori e del carattere strumentale dello stato che egli rappresenta. Egli può non essere in grado di strutturare una teoria coerente di ciò che significa essere neutrale e in questo senso la legittimità di tutto quel che fa è problematica. Tutto ciò che la ragione può offrirgli in questo dilemma è l'ingiunzione a rispettare l'autonomia, ad aiutare piuttosto che a dare regolazioni, ad evitare il paternalismo e a favorire la realizzabilità formale e la generalità nelle sue decisioni. Se non altro, la sua azione dovrebbe essere relativamente prevedibile e soggetta a sindacato democratico attraverso la alterazione o l'annullamento prospettico, da parte del legislativo, delle sue decisioni.

b) Premesse fondamentali dell'altruismo. Il contro-program-

ma utopico della giustizia altruista è il collettivismo⁶⁹. Esso afferma che la giustizia consiste in un ordinamento secondo fini condivisi. Tutto il resto è giustizia selvaggia o residuale. Lo stato, e con esso il giudice, sono destinati a scomparire appena le persone sentono di essere fratelli; non sarà necessario farli agire « come se ». L'applicazione diretta di norme morali tramite standard giudiziali è pertanto di gran lunga preferibile ad un regime di regole basato sull'agnosticismo morale. Ma essa ci lascia ancora lontano da tutto ciò che è degno del nome di ordinamento altruistico. Il giudice, dopo tutto, è lì perché noi sentiamo che la forza è necessaria. Gli arbitri sono un miglioramento; i mediatori anche meglio. Ma noi raggiungiamo lo scopo solo quando superiamo la nostra alienazione l'uno dall'altro e condividiamo fini in una tale misura che la contingenza fornisce occasioni di semplicità, mai però di lite.

L'altruismo nega l'arbitrarietà dei valori. Esso afferma che noi comprendiamo che i nostri fini e scopi e quelli degli altri sono sempre in una condizione di evoluzione, di progresso o di regresso, in termini di un ideale universale di fratellanza umana. Le leggi di questa evoluzione non sono riducibili né a regole di causa ed effetto né ad una logica né ad impulsi arbitrari dell'attore. Noi non controlliamo il nostro sviluppo morale nello stesso senso del meccanico che controlla la sua macchina o delle regole giuridiche che controllano il cittadino, ma noi partecipiamo ad esso piuttosto che semplicemente subirlo. Ne consegue che possiamo parlare in maniera significativa di valori, forse anche che questa è la forma più elevata di discorso.

L'altruismo nega, quindi, la soggettività dei valori. L'esperienza del mio vicino non è che un libro chiuso per me. Gli economisti fanno l'asserzione semplicistica della « indipendenza delle funzioni di utilità », col che suppongono che il benessere di *A* non è toccato dal benessere di *B*. Questa nozione è a *due* passi dalla realtà: la funzione di utilità di *A* è non solo dipendente da quella di *B*, ma essa non può essere veramente di-

⁶⁹ Vedi K. Marx, *Economic and Philosophical Manuscripts, 1844*, in *Early Works*, trad. inglese di Benton 1957, pp. 322-334, 345-358; S. Avineri, *The Social and Political Thought of Karl Marx*, 1968, pp. 65-95; E. Durkheim, *op. cit.*, pp. 193-199. Per un recente tentativo di sviluppare nozioni simili nel contesto del diritto costituzionale americano vedi Tribe, *op. cit.*, pp. 310-314.

stinta da quella di B. È verissimo che noi soffriamo *per* le sofferenze degli altri; più importante è che noi soffriamo direttamente le sofferenze altrui.

Per l'altruista è semplicemente sbagliato immaginare lo stato come un mezzo per pre-esistenti fini dei cittadini. I fini sono collettivi e in un processo di sviluppo. Ne consegue che gli scopi che formano una base per la decisione morale sono quelli dell'uomo-in-società, piuttosto che quelli degli individui. L'amministrazione della giustizia è più che un mezzo ai fini di questo tutto. È una parte di esso. In altre parole, giudicare non è qualcosa che noi dobbiamo *tollerare*; non è un costo inevitabile se dobbiamo realizzare i vari benefici individuali che derivano dal vivere insieme in gruppi.

Giudicare bene, in questa concezione, significa creare e sviluppare valori, non semplicemente il raggiungimento più efficace di qualsiasi cosa possiamo già volere. Le parti e il giudice sono legati gli uni all'altro, perché le loro controversie derivano una parte integrale del loro significato dalla partecipazione del giudice, prima immaginata, poi reale. È desiderabile, piuttosto che no, che essi debbano vedere le loro negoziazioni come parte di una attività sociale collettiva dalla quale essi non possono, a meno di un'utopia, escludere una rappresentanza del gruppo. Una teoria che presenta il giudice come uno strumento nega tutto ciò. Riconoscerlo significa accettare che i cittadini privati praticano o non praticano la giustizia. È un'illusione pensare che essi si limitano a sottomettersi o ad evaderla.

Forse, per quanto importante, una teoria strumentale del giudizio mente al giudice stesso, dicendogli che egli ha due specie di esistenza. Egli è un cittadino privato, un *soggetto*, un grappolo di fini che « consumano » il mondo. Ed è un funzionario, un *oggetto*, un servizio consumato da parti private. Come uno strumento, il giudice non è implicato nell'esercizio della forza tramite lui da parte del potere legislativo. Solo quando egli sceglie di fare le sue proprie regole, invece che applicare alla cieca quelle che gli sono date, egli deve assumere una responsabilità morale. E allora, si afferma che quella responsabilità è del tutto individuale, è solo sua, e pertanto fatalmente vicina alla tirannia. Il giudice deve sce-

gliere l'alienazione dal suo giudizio (l'applicazione della regola) o il ruolo di Dio (la creazione della regola).

Al contrario, l'altruismo nega al giudice il diritto di applicare regole senza guardare alle spalle ai risultati. L'altruismo, quindi, nega che la sola alternativa all'atteggiamento passivo è la pretesa di totale discrezione come creatore dell'universo giuridico. Esso afferma che noi possiamo conquistare una comprensione dei valori che la gente ha tessuto nelle sue relazioni particolari e della tendenza morale dei loro atti. Questi a volte permettono al giudice di raggiungere una decisione, dopo il fatto, sulla base di tutte le circostanze, come una persona-in-società più che come un individuo⁷⁰. Benché queste facoltà non gli permettano di fare regole per il futuro, il fatto che esse gli permettano di decidere è sufficiente per fare della decisione il suo dovere. Egli deve accettare il fatto che la sua vita ufficiale è personale; proprio come la sua vita privata, quale manipolatore dell'ordine giuridico e parte in causa, è sociale. La dicotomia tra privato e pubblico non può essere mantenuta e il giudice deve incaricarsi della giustizia pratica, più che limitarsi a trasmetterla o inventarla.

L'altruismo offre le sue definizioni di certezza giuridica, efficacia e libertà. La certezza dell'individualismo è perfettamente racchiusa nei calcoli dell'« uomo cattivo » di Holmes, che si preoccupa del diritto solo come un mezzo o un ostacolo al raggiungimento dei suoi fini anti-sociali. L'essenza della certezza-attraverso-le-regole dell'individualista è che poiché essa identifica per l'uomo cattivo i precisi limiti di tolleranza della sua cattiveria, essa lo autorizza a farsi strada quanto più vicino

⁷⁰ Naturalmente, deve esserci una selezione tra « tutte le circostanze », o il giudice non andrebbe mai al di là della raccolta dei suoi fatti. E naturalmente la selezione è internamente guidata da *criteri* (o concetti) di qualche tipo. E naturalmente quei criteri a loro volta sono strettamente legati ai criteri di giustizia che devono essere applicati. Ma *non* ne consegue che poiché noi possiamo selezionare una *massa* di fatti rilevanti nella più grande massa disponibile, noi possiamo determinare come fatti *particolari*, capaci di fondare regole per sé, definiranno le circostanze della giustizia in futuro. Qui affermo l'esistenza di un'area grigia, di una terra di nessuno, tra due aspetti del tutto chiaramente definiti della situazione. Sì, è vero che vi sono criteri di giustizia sufficientemente definiti da orientare la ricerca dei fatti rilevanti. No, non è vero che questi sono ora o sembrano avere una tendenza a diventare la specie di criteri che costituiscono un sistema formale. Il mondo è intelligibile, *ma non abbastanza intelligibile*.

a quei limiti. Per l'altruista questa è una specie di follia collettiva con la quale noi screditiamo i nostri valori nel mentre pretendiamo di definirli. Di quale possibile beneficio può essere il fatto che l'uomo cattivo calcola con certezza i contorni entro i quali il vizio non è limitato? L'altruismo propone uno standard assolutamente diverso: la legge è certa quando non l'uomo cattivo ma l'uomo buono è sicuro nella aspettativa che se egli procede in buona fede, col dovuto rispetto sia dell'interesse del suo vicino sia di quello suo proprio, e con un occhio sospettoso verso le tentazioni della avidità, allora il diritto non si rivelerà come un pugnale alle sue spalle. Per quanto riguarda l'uomo cattivo, lasciate che guardi a se stesso; la sicurezza dell'uomo buono e quella dell'uomo cattivo sono incompatibili.

L'« efficienza » nella soluzione delle controversie è un obiettivo pernicioso, a meno che essa non includa, nel calcolo dei benefici posti contro i costi della giustizia che amministra, lo sviluppo morale della società, deliberando sul problema dei nostri, apparentemente disparati, fini. In verità, è probabile che tentativi di realizzare l'efficienza celebrata dall'individualismo rendano irraggiungibili questi veri benefici del giudicare e che finiscano in una produzione sempre più a buon mercato di ingiustizia e disintegrazione sociale.

La « libertà » dell'individualismo è negativa, alienata e arbitraria. Essa consiste nella mancanza di limiti alla scelta di fini da parte dell'individuo e non ha nessun contenuto morale. Quando il gruppo crea un ordine consistente di sfere di autonomia separate da regole di proprietà e legate da regole di contratto, ogni membro dichiara la sua indifferenza alla salute del suo vicino — se ne lava le mani piuttosto che « avere a che fare » con lui. L'altruista afferma che l'alternarsi intermittente di controllo meccanico e dimenticanza distrugge ogni valore che fa della libertà una cosa da desiderare. Noi possiamo raggiungere la libertà reale solo collettivamente, attraverso l'auto-determinazione di *gruppo*. Siamo semplicemente troppo deboli per realizzarci isolatamente. Certo, l'autodeterminazione collettiva, fuorché l'utopia, implica l'uso della forza contro l'individuo. Ma noi facciamo esperienza ed accettiamo l'uso della coazione fisica e psichica ogni giorno, nella vita familiare, nell'educazione e nella cultura. Ne facciamo un'esperienza indi-

retta, spesso in modo inconscio, nella vita politica ed economica. Il problema è la conversione della forza in forza morale, nel fatto dell'esperienza della indeterminatezza morale. Una definizione della libertà che ignori questo problema non è altro che una razionalizzazione dell'indifferenza, o il guanto di velluto per la mano del dominio attraverso regole.

c) *Le implicazioni delle contraddizioni entro la coscienza.* La spiegazione dei punti d'arresto del moderno individualista e del moderno altruista è che entrambi credono fermamente in entrambi gli insiemi di premesse, nonostante il fatto che essi sono radicalmente contraddittori. La critica altruista del liberalismo suona vera per l'individualista che non crede più nella possibilità di generare concetti che a loro volta genereranno regole che definiscano un giusto ordine sociale. La critica liberale dell'anarchia o del collettivismo suona vera per l'altruista, il quale riconosce che, dopo tutto, noi non abbiamo superato la dicotomia fondamentale di soggetto e oggetto. Finché vi saranno altri esseri, in qualche misura indipendenti e inconoscibili, lo slogan dei valori condivisi trascina un reale pericolo di una tirannia più oppressiva della alienazione in uno stato liberale almeno alquanto altruistico.

Il riconoscimento della contraddizione non annulla il conflitto morale e pratico, ma ci permette di fare qualche progresso nel caratterizzarlo. Ad un livello elementare, esso rende chiaro che è futile immaginare che il conflitto morale e pratico produrrà analisi in termini di concetti di livello superiore. Il significato della contraddizione al livello dell'astrazione è che non vi è alcun metasistema che ci dia le chiavi, se solo potessimo trovarlo, di un modo o dell'altro per quanto riguarda le circostanze « richieste ».

Secondo, il riconoscimento della contraddizione significa che noi non possiamo « equilibrare » valori o regole individualiste e altruiste contro standard di equità, eccetto nel senso tautologico che possiamo, come dato di fatto, decidere se dobbiamo. L'immaginario di un equilibrio presuppone esattamente la specie di più astratta unità di misura che il senso della contraddizione esclude. La sola specie di immaginario che veicola il processo con cui agiamo e agiamo e agiamo in una direzione, per poi arrivare al punto morto, è quello della fi-

losofia esistenzialista. Assumiamo degli impegni e li perseguiamo. Il momento del recesso non è più razionale di quello dell'inizio ed è ugualmente un momento di terrore.

Terzo, il riconoscimento che entrambi i partecipanti nella lotta retorica tra individualismo e altruismo operano a partire da premesse che essi accettano solo in questo modo problematico indebolisce la tesi individualista secondo cui l'orientamento al risultato è dinamicamente instabile. Data la contraddizione al livello della teoria pura, il riconoscimento aperto dell'elemento altruista nel sistema giuridico non significa un irrevocabile scivolamento verso il totalitarismo, non più di quanto esso condurrebbe alla creazione definitiva della giustizia sostanziale nelle maglie della struttura individualista di regola.

L'individualismo, sia nella forma sociale della proprietà privata sia in quella delle regole, *non* è un simbolo, eroicamente vinto, sempre precariamente conservato, della ferrea padronanza, da parte dell'uomo, del comportamento civilizzato. Quello è un mito liberale. In qualunque sistema giuridico sviluppato gli atteggiamenti individualisti, e specialmente la difesa delle regole, rispondono ad una miriade di interessi concreti che hanno tutto da perdere con la loro erosione. Gli avvocati sono necessari a causa delle regole; il prestigio del giudice è professionale e tecnico, come pure carismatico ed arcano, a causa loro; i litiganti che si sono impadroniti del linguaggio della forma possono dominare ed opprimere gli altri, o forse semplicemente prosperare grazie ad esso; innumerevoli accademici attaccano i loro vagoni di parole alla stella del tecnicismo. L'individualismo è la struttura dello status quo.

Ma c'è di più. Nelle élite esso risponde alla paura delle masse. Nelle masse, esso risponde alla paura del capriccio dei governanti. Nei piccoli gruppi, esso risponde alla paura della intimità. Nella psiche, esso risponde alla paura primordiale dell'ego di essere schiacciato dall'id. Le sue radici sono profonde abbastanza da sospettare un elemento di paranoia nel rifiuto di riconoscere il suo fratello contraddittorio entro la coscienza.

In fine, il riconoscimento della contraddizione rende più facile comprendere il comportamento giudiziale che offende l'ideale del giudice come un essere supremamente razionale. Il giudice non può, non più dell'analista, evitare il momento della

verità in cui semplicemente si cambiano abitudini. Al posto dell'apparato di creazione di regole e applicazione di regole, con le sue connesse premesse e i suoi connessi atteggiamenti, arriviamo improvvisamente ad una lacuna, ad un testo di equilibrio, ad uno standard di buona fede, ad una regola falsa e incoerente, o all'adozione entusiasta di un modo di ragionare che tutti sanno sarà ignorato nel caso successivo. In termini di individualismo, il giudice ha improvvisamente cominciato ad agire in cattiva fede. In termini di altruismo il giudice ha trovato se stesso. La sola cosa che conta è questo cambiamento di atteggiamento, ma è difficile immaginare qualcosa che eluda maggiormente l'analisi.

6. *Conclusioni*

Effettivamente c'è, nella retorica del diritto privato, una connessione tra individualismo e preferenza per le regole e tra altruismo e preferenza per gli standard. La dimensione sostantiva e quella formale sono connesse perché in ciascuna di esse appaiono lo stesso argomento morale, lo stesso argomento economico e lo stesso argomento politico. Per la maggior parte delle aree di conflitto i due lati emergono come inclinazioni o tendenze i cui sostenitori hanno molto in comune e una base ampia per degli adattamenti attraverso l'analisi delle particolarità delle situazioni di fatto. C'è però un livello più profondo al quale l'individualista/formalista e l'altruista/non formalista operano a partire da visioni recisamente contraddittorie dell'universo. Fortunatamente o sfortunatamente, la contraddizione è tanto interna quanto esterna, perché sono pochi quelli che partecipano della cultura moderna che evitano l'impressione di credere sinceramente in entrambi i lati.

Anche questa conclusione si applica solo finché è possibile astrarre dal contesto di compromessi entro l'economia mista e lo stato burocratico del benessere. In pratica, la scelta tra regole e standard è spesso strumentale al perseguimento di obiettivi sostantivi. Noi non possiamo valutare il significato morale, o economico, o politico degli standard in una amministrazione reale della giustizia indipendentemente dalla nostra valutazione della struttura sostantiva entro cui essi operano.

Ne consegue che la tendenza politica del ricorso agli standard, come si verifica nel mondo reale, non può essere determinata a priori. Il corpo di leggi più barbaro può essere reso « umano », e perciò tollerabile, manipolando gli standard. In verità, la « corruzione » del formale da parte dell'informale può esser la maggior fonte di forza per un ordine sociale oppressivo. O, in maniera ugualmente plausibile, gli standard possono essere un veicolo di opposizione all'ideologia dominante (opposizione *all'interno* di un dato giudice come anche opposizione tra i giudici), mantenendo viva la resistenza non ostante il fatto che l'ordinamento sociale sia stato catturato dal nemico. Queste correnti di resistenza possono essere reazionarie o rivoluzionarie, riformiste o blandamente conservatrici⁷¹. Gli standard possono anche essere accettati nella concezione dominante di come funziona un sistema di regole, trattati come un'area di « indeterminatezza » o di « regole nascenti », come se la giustizia altruista fosse inevitabilmente il preludio ad un più alto stadio di individualismo.

Come dovrebbe una persona vincolata all'altruismo nel modo contraddittorio che ho descritto valutare il significato, per esempio, dell'informale nella nostra attuale *law of contracts*? Ho solo un po' di fiducia nella mia stessa risposta, la quale afferma che l'argomentazione a favore degli standard è problematica ma merita d'esser fatta. C'è un argomento forte che i giudici altruisti che hanno creato il moderno diritto della *unconscionability* e della *promissory estoppel* hanno portato a un punto morto risorse altrimenti disponibili per la riforma della complessiva struttura sostantiva. C'è una tesi secondo cui i giudici individualisti sono trattenuti dal realizzare orrori sociali solo da un'errata fede nella neutralità del giudice, fede che sarebbe quindi follia rovesciare. Potrebbe esser meglio ignorare la *contract law*, o trattarla in una maniera aggressivamente formale, al fine di alzare il livello di conflitto politico ed economico nella nostra società.

Ciò nonostante, io credo che c'è un valore, come pure un elemento di reale nobiltà, nella decisione dei giudici di sbarazzarsi, ogni volta che sorga l'opportunità, di *consumer contracts* volti a perpetuare lo sfruttamento della classe più povera

⁷¹ Cfr. Hay, *op. cit.*, 29.

di chi compra a credito. Vi sono coinvolte persone reali, anche se non sono moltissimi quelli le cui vite possono essere toccate dalla decisione. Il giudice altruista può considerarsi come una risorsa la cui efficacia nella causa della giustizia sostantiva dev'essere massimizzata, ma adottare questo atteggiamento significa abbandonare la prospettiva cruciale che il dovere altruistico è dovuto da un individuo a un altro, senza l'interposizione della categoria generale dell'umanità.

Inoltre, giudici come Skelly Wright sono attori importanti in una rappresentazione simbolica del conflitto di doveri⁷². Data la presente incapacità dell'altruismo di trasformare la società, esso è soltanto una produzione drammatica, ancillare ad un ipotetico conflitto che sarebbe rivoluzionario. Come tale, il giudice è una figura culturale impegnata nel compito di immaginare un ordine altruistico. La *contract law* può essere un contesto ideale per questo lavoro, proprio perché essa presenta problemi di vita quotidiana, immediati e ineludibili e tuttavia profondamente resistenti alla comprensione politica. Mi sembra che noi dovremmo essere molto grati per ciò. Auguriamo all'impresa tutto il successo possibile, fuorché il superamento delle sue contraddizioni.

⁷² Cfr., p. es., *Williams vs. Walter-Thamas Furniture Co.*, 350 F. 2d 445 (D.C. Circ. 1965).

Indice

Parte prima	5
Parte seconda	54

Questo volume è stato impresso
nel mese di giugno dell'anno 1992
presso La Buona Stampa s.p.a., Ercolano
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

In copertina:
Il labirinto della Cattedrale di Chartres (XIII secolo)

«Data la presente incapacità dell'altruismo di trasformare la società, esso è soltanto una produzione drammatica, ancillare ad un ipotetico conflitto che sarebbe rivoluzionario. Come tale, il giudice è una figura culturale impegnata nel compito di immaginare un ordine altruistico. La *contract law* può essere un contesto ideale per questo lavoro, proprio perché essa presenta problemi di vita quotidiana, immediati e ineludibili e tuttavia profondamente resistenti alla comprensione politica. Mi sembra che noi dovremmo essere molto grati per ciò. Auguriamo all'impresa tutto il successo possibile, fuorché il superamento delle sue contraddizioni» (Duncan Kennedy).

Duncan Kennedy, professore di diritto presso la Harvard Law School, è uno dei principali animatori dei Critical Legal Studies americani, autore di numerosi, importanti e controversi saggi.