

RICHARD A. EPSTEIN

Il giurista Richard Epstein utilizza un fondamento consequenzialista per suffragare il sistema liberale classico, in sostanza la validità dei diritti naturali e delle massime lockiane dell'autoproprietà e dell'appropriazione di beni¹. In particolare ha approfondito i temi dell'interazione sociale, dei beni pubblici e del diritto civile² utilizzando e rielaborando il pensiero di autori come Hume, Bentham, Hayek e il contemporaneo Robert Ellickson.

La filosofia libertaria nella versione di Epstein riconosce che non tutte le azioni umane derivano dall'auto-interesse economico. Possono sorgere problemi nel coordinamento sociale e possono determinarsi situazioni di non-cooperazione. Ciò apre la strada all'introduzione di norme sociali e dunque, ammette esplicitamente l'autore, a interventi (limitati) da parte dello Stato. Epstein accoglie una dimensione dello Stato sul modello smithiano, in cui, oltre all'offerta dei tradizionali beni pubblici inerenti la protezione (giustizia, ordine pubblico, difesa), vengano garantiti le infrastrutture, il potere di espropriazione a fini di pubblica utilità e norme a salvaguardia della concorrenza³.

Epstein è distante da un utilitarismo rozzo, l'utilità non rappresenta un ideale o un'entità distaccata cui si debba rispetto in sé e per sé, non è qualcosa che "si libra al di sopra della gente". Egli intende il bene comune in un'accezione fortemente individuale: qualsiasi progetto pubblico che limita i diritti individuali deve andare a beneficio delle singole persone limitate. Inoltre bisogna fornire giustificazioni funzionali consistenti alle norme giuridiche e agli assetti istituzionali che si suggeriscono.

Tutte le proposizioni giuridiche importanti non si basano su deduzioni da principi astratti bensì su forti regolarità empiriche del comportamento umano. Epstein aderisce ad uno scetticismo moderato: da un lato rifugge dagli assunti a priori, ma dall'altro rifiuta di cadere nella trappola opposta secondo cui non dare alcun giudizio morale riguardo alla forma delle istituzioni pubbliche sia la cosa migliore (due esponenti di tale impostazione sono Oliver W. Holmes e Richard Posner). Nel contesto humaneo di egoismo limitato in un mondo di scarsità, ogni persona non conosce le preferenze (e la loro intensità) degli altri individui: le regole giuridiche che massimizzano la sfera complessiva delle scelte umane sono quelle che fanno uso della consapevolezza sociale di tale ignoranza. L'incapacità di sondare le preferenze altrui costituisce una delle motivazioni più forti per rispettare la libertà individuale.

Il metodo privilegiato è quello delle presunzioni: tramite successive approssimazioni si cerca di dimostrare la stretta connessione fra le proposizioni più diffuse della vita comune e i più rigorosi requisiti di una teoria consequenzialista. Si parte da alcuni doveri *prima facie* (es., non si deve rubare), li si sottopone a controbiezioni prevalentemente di origine empirica (giustificazioni, attenuanti, esimenti, casi limite) e alla fine si valuta la loro plausibilità prevalentemente sulla base delle conseguenze per i soggetti coinvolti (nell'esempio precedente, con il furto ne consegue un assetto *win-lose*, uno vince l'altro perde, e il guadagno del vincitore avviene a danno del perdente; mentre con uno scambio volontario si produce un assetto *win-win*). Chi vuole difendere il comportamento *prima facie* illecito deve offrire una spiegazione stringente. In tal modo, con

¹ R. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995.

² Cfr. in particolare R. Epstein, *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good*, Perseus Books, Cambridge, Mass., 1998; e *Skepticism and Freedom. A Modern Case for Classical Liberalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, trad. it. *Scetticismo e libertà*, Liberilibri, Macerata, 2010. Lavori precedenti sono: *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985; *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.

³ Per l'autore la libertà individuale viene meglio compresa se si traduce nell'introduzione di principi che, applicati coerentemente, operino a vantaggio di tutti (o quasi tutti) i membri della società contemporaneamente. Non è produttivo invece, a parere di Epstein, interpretare le idee di libertà individuale come glorificazione dell'individuo a spese della società.

approssimazioni successive ci si avvicina a una migliore comprensione di ciò che è giusto o sbagliato.

Dati i bisogni indispensabili per la prosperità umana, tra cui il bisogno di cooperazione, esiste un elementare senso della giustizia che si trova presso tutte le culture; e ciò per Epstein è dimostrato dal fatto che norme giuridiche del diritto romano sono state recepite da tutte le civiltà successive.

Le preferenze e i comportamenti umani sono in linea di massima ben organizzati nel corso del tempo. Epstein passa in rassegna e sottopone a critica le analisi contemporanee (in particolare di Jon Elster e Amartya Sen) volte a dimostrare l'irrazionalità e l'incoerenza delle preferenze degli individui. I giochi del "dilemma del prigioniero", che vogliono dimostrare le difficoltà nella formazione e nell'espressione delle preferenze umane per invocare maggiore presenza pubblica, sono largamente errati.

La riaffermazione di una politica di *laissez faire* da parte di Epstein avviene in polemica con le tradizioni di ricerca più stataliste, ma anche con quelli che chiama "libertari assolutisti", primi fra tutti gli esponenti della corrente dei diritti naturali. Nelle situazioni reali si può dimostrare che i diritti naturali non sono un dogma, e che la violazione della loro "santità" è consentita dalle norme giuridiche di molti paesi (opportunamente, secondo l'autore). Prendendo in considerazione il diritto di proprietà, Epstein fa l'esempio del "principio di necessità", che consente l'uso senza autorizzazione della proprietà altrui in casi di emergenza. È il caso di un'imbarcazione che si trova in una tempesta e che attracca senza permesso su un molo di proprietà di qualcun altro; ciò può avvenire, per di più senza l'obbligo di pagamento. La tolleranza in questo caso non costituisce una giustificazione dell'espropriazione, perché il privilegio scompare con la fine della tempesta.

L'invasione fisica della proprietà non può essere un vincolo assoluto. Bisogna considerare la natura dell'invasione e il tipo di rimedio giuridico appropriato per ciascun caso. Esistono diversi tipi di soluzioni, dal *self-help*, in cui un individuo, ritenendosi danneggiato, agisce unilateralmente per ricostituire o recuperare la sua proprietà, alla richiesta di risarcimento dei danni davanti a un tribunale, alle ingiunzioni, e alla richiesta di azioni in forma specifica. Epstein distingue fra una *property rule*, che sostanzialmente prevede la restituzione della proprietà e/o la cessazione dell'attività dannosa, e una *liability rule*, che prevede il risarcimento dei danni. Egli respinge la tesi assolutistica secondo cui deve prevalere sempre e solo la *property rule* e contesta l'idea che un trasferimento economico coercitivo sia contrario alla libertà individuale. Se, ad esempio, un individuo ha invaso la proprietà del vicino, realizzando una struttura che supera il confine anche di soli tre centimetri, allora la regola deve imporre la rimozione della parte di struttura eccedente. Una simile regola scoraggia sia l'invasione intenzionale sia quella causata da imperizia. Ma vi sono casi, come quello di un aereo che sorvola un ampio territorio, in cui il rischio che si determini un'esternalità è minimo, mentre il rischio del cosiddetto *holdout* (in questo caso, che qualcuno richieda risarcimenti elevatissimi per acconsentire al sorvolo) è elevato. In casi come questi, il diritto ha cercato di minimizzare il problema di *holdout* più che tentare di eliminare le esternalità molto piccole.

Piero Vernaglion

Bibliografia

- *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1985.
- *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.
- *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1995.

- *Principles for a Free Society: Reconciling Individual Liberty with the Common Good*, Perseus Books, Cambridge, Mass., 1998.
- *Skepticism and Freedom. A Modern Case for Classical Liberalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, trad. it. *Scetticismo e libertà*, Liberilibri, Macerata, 2010.